



TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

GEÇERLİ NEDENLE  
İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE  
İŞE İADE DAVALARI TOPLANTISI

14 HAZİRAN 2007

---

---

İŞ KANUNU TOPLANTI DİZİSİ - IV

---

---

**Aralık 2007**  
**(Yayın No. TÜSİAD-T/2007 - 12/445)**

Meşrutiyet Caddesi, No.46 34420 Tepebaşı/İstanbul  
Telefon: (0212) 249 07 23 • Telefax: (0212) 249 13 50

© 2007, TÜSİAD

*Tüm hakları saklıdır. Bu eserin tamamı ya da bir bölümü,  
4110 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı FSEK. uyarınca,  
kullanılmazdan önce hak sahibinden 52. Maddeye uygun  
yazılı izin alınmadıkça, hiçbir şekil ve yöntemle işlenmek,  
çoğaltılmak, çoğatılmış nüshaları yayılmak, satılmak,  
kiralananmak, ödünç verilmek, temsil edilmek, sunulmak,  
telli/telsiz ya da başka teknik, sayısal ve/veya elektronik  
yöntemlerle iletilmek suretiyle kullanılamaz.*

ISBN : 978-9944-405-19-5

GRAPHİS MATBAA SANAYİ VE TİCARET LTD. ŞTİ.  
Yüzyıl Mahallesi Matbaacılar Sitesi 1. Cadde Numara 139 Bağcılar 34560 İSTANBUL  
Tel: (0212) 629 06 07 PBX Faks: (0212) 629 03 85

# ÖNSÖZ

*TÜSİAD, özel sektörü temsil eden sanayici ve işadamları tarafından 1971 yılında, Anayasamızın ve Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümlerine uygun olarak kurulmuş, kamu yararına çalışan bir dernek olup gönüllü bir sivil toplum örgütüdür.*

*TÜSİAD, demokrasi ve insan hakları evrensel ilkelerine bağlı, girişim, inanç ve düşünce özgürlüklerine saygılı, yalnızca asli görevlerine odaklanmış etkin bir devletin var olduğu Türkiye'de, Atatürk'ün çağdaş uygarlık hedefine ve ilkelerine sadık toplumsal yapının gelişmesine ve demokratik sivil toplum ve laik hukuk devleti anlayışının yerleşmesine yardımcı olur. TÜSİAD, piyasa ekonomisinin hukuksal ve kurumsal altyapısının yerleşmesine ve iş dünyasının evrensel iş ahlakı ilkelerine uygun bir biçimde faaliyette bulunmasına çalışır. TÜSİAD, uluslararası entegrasyon hedefi doğrultusunda Türk sanayi ve hizmet kesiminin rekabet gücünün artırılarak, uluslararası ekonomik sistemde belirgin ve kalıcı bir yer edinmesi gerektiğine inanır ve bu yönde çalışır. TÜSİAD, Türkiye'de liberal ekonomi kurallarının yerleşmesinin yanısıra, ülkenin insan ve doğal kaynaklarının teknolojik yeniliklerle desteklenerek en etkin biçimde kullanımını; verimlilik ve kalite yükselişini sürekli kılacak ortamın yaratılması yoluyla rekabet gücünün artırılmasını hedef alan politikaları destekler.*

*TÜSİAD, misyonu doğrultusunda ve faaliyetleri çerçevesinde, ülke gündeminde bulunan konularla ilgili görüşlerini bilimsel çalışmalarla destekleyerek kamuoyuna duyurur ve bu görüşlerden hareketle kamuoyunda tartışma platformlarının oluşmasını sağlar.*

*TÜSİAD Sosyal İşler Komisyonu çalışmaları çerçevesinde, İş Kanunu'nun uygulanması sürecinde, yargıda içtihatlar oluşurken hem hukuksal çerçevede değerlendirme yapmak hem de uygulamayla ilgili görüş alışverişi ortamı sağlamak amacıyla 2004 yılında "İş Kanunu Toplantı Dizisi" başlatılmıştır. Toplantıların ilki 25 Haziran 2004 tarihinde Ankara'da "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", ikincisi 5 Mart 2005 tarihinde İstanbul'da "İş Güvencesi ve İşyerinin Gereklere Dayanarak İş Akdinin Feshi", üçüncüsü 14 Mayıs 2005 tarihinde Ankara'da "Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihden Kaynaklanan İşe İade Davaları" başlıklarıyla düzenlenmiş ve toplantılarda yapılan tartışmalar yayın haline dönüştürülmüştür.*

*"Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları Toplantısı" başlıklı bu rapor, İş Kanunu Toplantı Dizisi'nin dördüncüsü olarak, TÜSİAD tarafından 14 Haziran 2007 tarihinde İstanbul'da düzenlenen toplantıda yapılan tartışmaları içermektedir.*

**Aralık 2007**

TÜSİAD  
YÖNETİM KURULU ÜYESİ VE  
SOSYAL İŞLER KOMİSYONU BAŞKANI  
ETHEM SANCAK'IN

VE

TÜSİAD  
İSTİHDAM VE SOSYAL GÜVENLİK  
ÇALIŞMA GRUBU BAŞKANI  
DR. GÜLDEN TÜRKÜTAN'IN

AÇILIŞ KONUŞMALARI



***Ethem Sancak (TÜSİAD Yönetim Kurulu Üyesi ve Sosyal İşler Komisyonu Başkanı):***

Sayın Konuklar, Değerli Basın Mensupları,

TÜSİAD Yönetim Kurulu adına hepinizi saygıyla selamlıyorum. Bugün burada, 2003 yılında yasalanan İş Kanunumuz ile ilgili olarak, “Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları” konusunu tartışmak üzere toplanmış bulunuyoruz.

Çalışma hayatını düzenleyen yasaların iş yaşamının ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde ele alınması; rekabetçi bir piyasa düzeni, girişimciliğin ve istihdamın gelişmesi ve uluslararası rekabet gücümüz açısından büyük önem taşımaktadır. İş yasalarının çalışma yaşamının dinamizmiyle uyumlu olması ve "işyerinin ve üretimin sürdürülebilirliği"ni esas alması, toplumsal refahın gelişmesine de katkı sağlayacaktır.

Bu çerçevede TÜSİAD olarak, katı kurallar içeren, yeni gelişmelere ve ihtiyaçlara kapalı bir hüviyet taşıyan eski İş Kanunu'nun değiştirilmesi sürecinde, hükümete ilettiğimiz görüşlerimizde ağırlıklı olarak bu noktayı vurguladık. Öncekine göre olumlu özellikler ve yenilikler ihtiva eden yeni İş Kanunumuz, hepimizin bildiği gibi, yoğun bir çalışma dönemi sonucunda yasaladı. Dördüncü yılını dolduran İş Kanunu'nun doğru yorumlanması ve uygulanması, bu düzenlemenin kritik başarı faktörü durumunda.

TÜSİAD olarak, kanun çıktıktan sonra uygulanmasında önemli olabilecek konu başlıklarını tek tek ele almayı ve ilgili kesimlerle derinlemesine tartışmayı amaçladık. Bu doğrultuda, 2004 yılında başlatmış olduğumuz “İş Kanunu Toplantı Dizisi”nin bugün dördüncü toplantısını gerçekleştiriyoruz.

“Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları” konusunu birazdan değerli konuşmacılarımız ayrıntılı şekilde ele alacak ve katılımcılarımızın sorularını yanıtlayacaklar. Ben de toplantımızı açarken, daha makro düzeyde, üyesi olmayı hedeflediğimiz Avrupa Birliği perspektifi çerçevesinde istihdam konusuna değinmek istiyorum.

Avrupa Komisyonu, Kasım 2006'da bir “yeşil belge” yayımlayarak, Lizbon Stratejisi'nin “sürdürülebilir büyüme” ve “daha çok ve daha iyi iş” hedeflerine uyum için, iş kanununun

modernleştirilmesi konusunu ele aldı. Avrupa Birliği kamuoyunda tartışma yaratmayı amaçlayan belge, inovasyon ve değişimin başarılı bir şekilde yönetilmesinin, işgücü piyasasının esnekliğe ve istihdam güvencesine odaklanmasıyla mümkün olacağına dikkat çekiyor. Belgede, teknolojideki hızlı gelişmeler ve küreselleşme nedeniyle, geleneksel iş sözleşmelerinin ihtiyaca cevap vermediği ve daha çeşitli iş sözleşmelerine talep olduğu belirtiliyor.

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan “Avrupa 2006 İstihdam Raporu” da, işverenlerin ekonomik açıdan yükselişte olduğu dönemlerde bile, katı yasal düzenlemeler nedeniyle, işe alımlarda tereddütlü davrandığını vurguluyor. İş piyasası dinamizmini azaltan bu durumun, özellikle kadınları, gençleri ve yaşlıları olumsuz etkilediği ifade ediliyor. Rapora göre, üye ülkeler, geçici iş sözleşmelerinde oldukça esnek bir tutum takınırken, süresiz iş sözleşmelerinde katı hükümler uygulamaya devam etmeleri, işgücü piyasasında segmentasyona, yani parçalanmaya yol açıyor. Bu durum ise verimliliği olumsuz etkiliyor. Bu nedenle, yasal düzenlemelerin hem süreli hem de süresiz sözleşmeler için esnetilecek şekilde yeniden revize edilmesi gerektiği ileri sürülüyor.

Avrupa politika tartışmalarında önemli bir gündem maddesi olan “esneklik-güvence dengesi”nin başarılı bir şekilde gerçekleşmesinin ise, dört anahtar unsurun birbiriyle etkileşimine bağlı olduğu vurgulanıyor. Bunlar; “yeterli derecede esnek iş sözleşmeleri”, “etkili şekilde uygulanan aktif işgücü piyasası politikaları”, “hayat boyu öğrenmeyi teşvik eden mekanizmalar” ve “modern sosyal güvenlik sistemleri” olarak sıralanıyor.

Özetle, üyesi olmayı hedeflediğimiz Avrupa Birliği, rekabetçi ve dinamik bir ekonomi yolunda kendi stratejisini belirlemekte ve tüm üye ülkeleri biraz önce belirttiğim öncelikleri dikkate almaya davet etmektedir. Ülkemizin de bu çerçevede kendi konumunu gözden geçirmesi ve gerekli tedbirleri alması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son beş senede ekonomik büyümede kayda değer ilerlemeler olmasına rağmen, bu olumlu gelişmelerin istihdama ciddi yansımaları gerçekleşmemiştir. İçinde bulunduğumuz dönemde verimlilik artışının ekonomik büyümeden daha hızlı gerçekleşmesi, istihdam rakamlarındaki iyileşmeyi geciktirmektedir. Bu çerçevede, Türkiye’de işsizlikle etkili bir mücadelenin yolu sürdürülebilir ve yüksek ekonomik büyümeden geçmektedir. Ancak Türkiye ekonomisinde büyüme, “istihdam dostu” büyümeye dönüştürülmediği takdirde, işsizliğin düşmesi bir yana, daha da yükselmesi kaçınılmaz olarak gündeme gelecektir.



Ekonomik büyümenin sürdürülebilir olması ve istihdam yaratılması hedefi gözetilirken de, çalışma yaşamını düzenleyen kuralların bu sürece destek olması, bu kapsamda İş Kanunumuzun getirdiği kavram ve kuralların yorumu ve uygulaması önem kazanmaktadır.

Bu önemli noktaya parmak basmak amacıyla düzenlediğimiz toplantı dizimizde bugün, “Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları” konusunu, hem hukuki boyutu, hem de çalışma yaşamı pratiği açısından irdeleyeceğiz. Verimli bir toplantı gerçekleştirmeyi diliyorum, beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Sözü İstihdam ve Sosyal Güvenlik Çalışma Grubu Başkanı Sayın Gülden Türktan’a bırakıyorum.

***Dr. Gülden Türktan (TÜSİAD İstihdam ve Sosyal Güvenlik Çalışma Grubu Başkanı):***

Sayın Konuklar, Değerli Basın Mensupları,

Öncelikle, toplantımıza teşrif ettiğiniz için teşekkürlerimi sunuyorum ve hepinize hoş geldiniz diyorum.

Sayın Ethem Sancak konuşmasında, AB'nin sıcak gündem maddelerinden biri olan iş kanununun modernizasyonu ve esnekleştirilmesi konularına temas etti. Geleneksel iş yöntemleri, küreselleşme ile birlikte yerlerini yeni global yöntemlere bırakıyor. Teknoloji, iş dünyasındaki sınırları ortadan kaldırıyor. Şirketlerin piyasada ayakta kalmasını zorlaştıran bu durum, rekabetçi güce sahip olmanın önemini her geçen gün daha da artırıyor. Sınırları olmayan küresel ortam, firmaların rekabetçi gücünü ortaya çıkaracak, işgücü piyasalarıyla uyumlu yasal düzenlemelerin ve uygulamaların varlığını daha da önemli kılıyor.

Konuşmama, ülkemizdeki işgücü ile ilgili eğilimleri hatırlatarak başlamak istiyorum: Ekonomik koşullardaki iyileşmeyle birlikte, işgücüne katılımın son yıllarda canlandığı ve ekonominin istihdam yaratma kapasitesini zorlayacak boyutlarda arttığı görülüyor. Tarım dışında yaratılan istihdam, işgücü arzını ancak karşılayabiliyor ve işsizlik oranının istenilen seviyeye gerilemesi mümkün olamıyor. Bununla birlikte, iş olanaklarına yönelik beklentilerin olumlu devam etmesi, önümüzdeki dönemde işgücüne katılımın yükselmesini sağlayacak. Özellikle kadınların çalışma yaşamına daha fazla dahil olmasıyla birlikte, 2006 yılı itibarıyla %48 olan işgücüne katılım oranının giderek yükselmesi bekleniyor.

2006 senesinde tarım dışı işsizlik oranı, geçen senenin aynı dönemine oranla 1 puan gerileyerek % 12,6 olarak gerçekleşti. Türkiye ekonomisinde tarım dışı işsizlik oranının aşağı

çekilebilmesi için yılda en az 550 bin kişilik yeni istihdam yaratılması gerekiyor. 1990-2000 döneminde tarım dışında işgücüne katılım artışı yılda ortalama yüzde 2,5 iken, bu oran son iki yılda ortalama yüzde 6 olarak gerçekleşti. Tarım dışındaki işgücünün 18 milyonu aştığı dikkate alındığında, söz konusu eğilimin devamı halinde, tarım dışındaki işsizliğin aşağıya çekilebilmesi için yaratılması gereken istihdamın boyutunun bir milyona yaklaşması kaçınılmaz olacak.

2002 yılından itibaren ekonomik büyüme ortamında yüksek istihdam artışları beklenirdi. Oysa, istihdam artışları umulanın altında kaldı. Gençlerimiz iş arıyor ama ne yazık ki ülkemiz insanına büyümenin paralelinde iş imkanı yaratamıyoruz. Önümüzdeki dönemde işgücü piyasasında, mevcut işsizlere iş imkanı sağlamanın yanı sıra, işgücüne yeni katılması beklenen kesimlere de iş olanaklarının yaratılması gerekecek.

Bu nedenle TÜSİAD olarak “istihdam dostu” büyüme talep ediyoruz. “İstihdam dostu” bir büyüme yaratabilmek için de mutlaka işgücü piyasasının istihdam artışını sınırlayan yapısal özelliklerini önce belirlemek, ardından da bu tür engellerin aşılmasına yardımcı olacak ekonomi ve yatırım politikalarını tasarlamak gerekiyor.

Uygulanmakta olan makro politikaların istihdam olanaklarını daha ileri götürebilmesi için işgücü piyasası mikro reformlarla desteklenmelidir. İşgücü piyasasındaki katılıkların ortadan kaldırılması suretiyle ekonominin istihdam yaratma kapasitesi ve istihdam kalitesi artırılmalıdır. Bu bağlamda, vergi ve primlerin neden olduğu yüksek işgücü maliyetleri, etkin olmayan iş arama süreçleri, işgücü piyasasında vasıf uyumsuzluğu gibi etkenler başta olmak üzere, yapısal düzenlemelere hız verilmesi gereklidir.

Bu noktada, İş Kanunu ile getirilen bazı esneklik imkânlarından yeterince yararlanılmadığını da belirtmek isterim. AB ülkelerine kıyasla, esnek çalışma yöntemlerinin Türkiye’de yaygın bir uygulama alanı bulabildiğini söylemek çok güç. Dünya Bankası tarafından 2006 yılında yayınlanan “Türkiye İşgücü Piyasası Raporu”nda, sadece mevsimsel tarım işi gibi objektif nedenler için değil, ekonomik nedenler için de belirli süreli iş sözleşmelerine izin verilmesi gerektiği belirtilmişti. İstihdam artışına, kayıtdışı çalışmanın azaltılmasına ve dezavantajlı kesimlerin istihdamının sağlanmasına destek olabilecek bu tür imkânlardan neden yeterince yararlanılmadığını sorgulamak ve uygulamada yaşanan, örneğin sosyal güvenlik ile ilgili sorunları giderici tedbirler almak gereklidir.

Sayın Konuklar,

İstihdam politikasında yüksek performansın en önemli belirleyicileri arasında, ürün ve işgücü piyasalarındaki yasaların ve yargı içtihatlarının kalitesi de yer alır. Takdir edeceğimiz gibi, yasalar, gerekçeleri ve amaçları ne olursa olsun, büyümenin temelini oluşturan ekonomik yapılanma üzerinde önemli etkiler yaratır.

İş kanunlarının şirket dinamikleri ve alınan kararlar üzerindeki etkisi, sonuçta makro düzeyde, istihdam ve verimlilik üzerinde bir etki doğurur. Bu nedenle, çalışma yaşamını düzenleyen kanunlar, ancak işveren, çalışan ve yargı organları üçgeni tarafından aynı şekilde algılanıp uygulanırsa hedefine ulaşır. Bu çerçevede, İş Kanunu'nun doğru yorumlanabilmesi ve uygulanabilmesi önem kazanmıştır.

“Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları” konusunu ele alacağımız bugünkü toplantımız, TÜSİAD İstihdam ve Sosyal Güvenlik Çalışma Grubu Üyesi Sayın Avukat Barbaros Çağa'nın oturum başkanlığında Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sn. Prof. Dr. Can Tuncay'ın tebliği ile başlayacak, daha sonra Sayın Avukat Cengiz Özbilgin, Sayın Avukat Mehmet Uçum ve Sayın Emekli Hakim ve Avukat Hakkı Aktaş'ın katılımlarıyla tartışma oturumumuz devam edecektir.

Düzenlediğimiz çalışma toplantısının tüm katılımcılara faydalı olacağına inanıyorum.



Oturum Başkanı:  
Av. Barbaros Çağa,  
TÜSİAD İstihdam ve Sosyal Güvenlik Çalışma Grubu Üyesi

Konuşmacılar:  
Prof. Dr. Can Tuncay,  
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Cengiz Özbilgin,  
Avukat

Mehmet Uçum,  
Avukat

Hakkı Aktaş,  
Emekli Hakim & Avukat



**Av. Barbaros Çağa:** “Geçerli Nedenle İş Sözleşmesi'nin Feshi ve İşe İade Davaları” başlıklı oturumumuzu açıyorum.

**Prof. Dr. Can Tuncay<sup>1</sup>:**

## **I. İŞ GÜVENCESİNİN AMACI VE YASAL DAYANAĞI**

### **1. Amacı**

İşçinin geleceğinden güven duyması, işini, dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağı olan ücret gelirini kaybetme korkusundan uzak yaşamasının sağlanması İş Hukukunun en önemli amaçlarından biridir. Ayrıca bu kaygı ve korku içinde çalışan işçinin verimi de düşer. Bu kaygının en aza indirilmesinde toplumun da yararı vardır. İş güvencesinin amacı işverenin işçi çıkarmasını engellemek, dolayısıyla işçiyi mutlak şekilde feshe karşı korumak değildir. Bir başka ifade ile iş güvencesi işçiye, çalışmakta olduğu işyerinde işini sonuna kadar korumak hususunda kendisine mutlak bir hak bahsetmez. Feshe karşı koruma ya da iş güvencesi sadece işverenlerin keyfi fesih yapmalarını önlemeyi amaçlar (D.Ulucan, İş Güvencesi, TTŞÇSİ Sendikası, İstanbul 2004, 23; M. Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, TÜSİAD, İş Kanunu Toplantı Dizisi 1, Mart 2005,25; M. Löwisch, Arbeitsrecht, Nr.1313). İş güvencesi düzenlemeleri işvereni, haklı fesih nedeni bulunmayan durumlarda, iş akdini feshetmek istiyorsa bunu geçerli (objektif) nedenlere dayandırmakla yükümlü tutar. İşveren, İş Kanunu md.25/II'de sayılan haklı nedenler varsa esasen iş akdini (ister belirsiz ister belirli süreli olsun) derhal ve tazminat ödemediği fesih hakkına sahiptir. Herhangi bir önel ve tazminat vermeden işçinin iş akdini sona erdirmeye hakkı bulunmayan durumlarda ise işveren iş akdini feshetmek istiyorsa keyfi davranmamalı ve mutlaka geçerli bir nedene dayanmalıdır. Bu düşünce hür demokratik toplumlarda işçinin anayasal çalışma hakkı ile işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğünün dengelenmesi amacının bir sonucu olarak ortaya çıkar.

Bu tebliğde, bize tanınan süre içinde kalma kaygısı ile, özel iş güvencesi getiren düzenlemeler ile toplu işçi çıkarma, kötü niyet tazminatı, değişiklik feshi gibi işe iade davalarını da içeren diğer konular ele alınmayacaktır. Ayrıca tebliğde yer yer Alman ve Birleşik Krallık Hukuklarından örneklere de değinilecektir.

<sup>1</sup> Prof. Dr. Can Tuncay tebliğini yazılı bir metin haline getirmiş olup, bu metin yukarıya alınmıştır. Söz konusu çalışmanın bibliyografyası raporun sonunda yer almaktadır.

## 2. Yasal Dayanağı

a) 158 sayılı ILO Sözleşmesi: Son yıllarda birçok ülkede meydana gelen ekonomik güçlükler, teknolojik değişiklikler ve işsizlik iş piyasalarını olumsuz yönde etkilemiş, ekonomik ve sosyal sorunlara yol açmıştır. Bu sorunlara istihdam alanında bir çözüm bulunması için ILO'nun 1982 yılında yaptığı 68. oturumunda 158 sayılı Sözleşme kabul edilerek ILO'ya üye ülkelerde, işverenin iş ilişkisine son verme yetkisinin sınırlandırılması amaçlanmıştır. Sözleşme ilke olarak, tüm ekonomik faaliyet alanlarında (iş kollarında) iş akdiyle çalışanlara uygulanacak olup ulusal düzenlemelerle, belirli süreli iş akdiyle çalışanların, deneme süresi içinde bulunanların, süresiz iş akdiyle çalışanların, özel istihdam güvencesine sahip olarak çalışanların kapsam dışı bırakılmalarına olanak sağlanmıştır. Ayrıca, işletmenin niteliği ve büyüklüğü açısından da güvence kapsamına alınma konusunda ayırım yapılabileceği hükme bağlanmıştır (md.2).

Sözleşmeye göre, işveren sözleşmeyi sona erdirecekse işçinin yetersizliği veya işin yürütümü ya da işyeri gereklerine dayanan geçerli bir nedene dayanmak zorundadır (md.4). Geçerli nedenin bulunduğunu ispat yükü işverene ait olmalıdır (md.9/2a). Ayrıca işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller dışında, işçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle iş akdi sona erdirilecekse hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmelidir (md.7).

İş akdine haksız son verildiği inancında olan işçiye iş mahkemesi ya da hakem önünde itiraz hakkı tanınmalıdır. Ancak işçi bu itirazını makul bir süre içinde yapmazsa bu haktan vazgeçmiş sayılacaktır (md.8).

Eğer bu merciler (mahkeme, hakem, hakem kurulu) iş sözleşmesine son verme işlemini haksız bulurlarsa feshi iptale ve işçiyi işe iadeye karar verebilecekler ya da bu önlemleri uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminata veya uygun bir başka giderim biçimine karar verebileceklerdir (md.10). Belirtmek isterim ki ILO'nun 119 ve 166 sayılı Tavsiye Kararları 158 sayılı sözleşmeye öncülük etmişlerdir.

158 sayılı Sözleşme T.C. tarafından 1994 yılında bir kanunla onaylanıp iç hukukumuzda dahil edilmesine rağmen bu doğrultuda bir yasal düzenleme yapılması için tam 8 yıl beklenmiştir. Sonunda eski İş Kanununun (1475 sayılı) ilgili maddelerinde değişiklikler yapan ve işçiyi feshe karşı koruyan hükümler getiren 4773 sayılı Yasa 2002 yılında kabul edilmiş ancak uygulama başlangıcı olarak 15.3.2003 tarihi belirlenmiştir. 4773 sayılı Yasanın getirdiği iş güvencesi



hükümleri çok az bir değişiklikle 4857 sayılı yeni İş Kanununa alınmıştır. Böylece Avrupa'nın belli başlı ülkelerinde yetmişli yıllarda uygulama alanı bulan iş güvencesi ülkemizde de gecikmeli de olsa uygulamaya konulmuştur (Örneğin Birleşik Krallıkta 1971 tarihli Industrial Relations Act-ki, bugün yerini 1996 tarihli Employment Rights Act'e bırakmıştır. İtalya'da 1966 tarihli, Fransa'da 1973 tarihli, İsveç'te 1974 tarihli kanunlar. Almanya bu konuda özel düzenleme yapan ilk ülkelerden biridir: 1951 tarihli Feshe Karşı Koruma Kanunu).

Bu vesile ile ekleyelim ki, Avrupa Birliğinin 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile değişik kurucu antlaşmasında (bak. md.137/3) işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi sırasında korunması konusu Birliğin öncelikli sosyal politika amaçları arasında sayılmıştır.

b) Anayasal ve yasal dayanak: Anayasamız 2. maddesi ile T.C.'nin insan haklarına saygılı demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirtir. Böylece T.C. insan haklarına saygılı bir hukuk devleti ilkesi ile sosyal devlet ilkesini birlikte yan yana benimsemiştir. Anayasa öte yandan 48. maddesi ile herkesin çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne sahip olduğunu belirtirken özel girişim özgürlüğünü de garanti altına almıştır. Md. 49 ise devlete çalışma hayatını geliştirmeyi, çalışmayı desteklemeyi, işsizliği önlemek için gerekli önlemleri almayı bir ödev olarak yüklemiştir. Böylece Anayasamız işçinin iş ilişkisi içinde çalışma hakkı ile işverenin girişim ve sözleşme yapma özgürlüğü arasında adil bir denge kurmak istemiştir (Ulucan, 23-24; Brox/Rütters/Henssler, Arbeitsrecht, 16. Aufl., Stuttgart 2004, Nr.481). İşte önce 4773 sayılı, sonrada 4857 sayılı yasalarla getirilen iş güvencesi hükümleri Anayasanın öngördüğü bu hassas dengeyi kurmaya çalışmıştır. Fakat ne yazık ki bu konuda geç kalınmıştır. Çünkü Avrupa'da iş güvencesi yasaları sosyal amaçlarla yaklaşık 1970'li yıllarda peş peşe çıkarılırken ülkemizde 1475 sayılı İş Kanunu 1971 yılında iş güvencesi hükümlerinden yoksun bir halde çıkarıldı. 1990'lı yıllarda global ekonomik rekabetin etkisiyle Avrupa'da iş güvencesi hafifletilmeye ve esnekleştirilmeye başladığında bizde iş güvencesi kabul edilerek bu alanda tersine gitme basiretsizliği gösterildi. Denebilir ki Türk Yasa Koyucusu sosyal alandaki gelişmeleri 20 yıl geriden takip etmektedir.

## **II. FESHE KARŞI KORUMANIN KAPSAMI**

1. 4857 sayılı İş Kanununa tabi olan işçilerle 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tabi olan işçileri (md.116/2) kapsar: 854 sayılı Deniz İş Kanununa göre çalışanlar bu kapsama dahil edilmiştir. Anayasa md. 90'a eklenen son fıkra delaletiyle de olsa ILO'nun 158 sayılı sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanması suretiyle Deniz İş Kanununa tabi çalışanlar iş güvencesi

kapsamına alınamaz (Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 6.6.2005, E.12948, K.20465). Oysa 158 sayılı Sözleşme iş güvencesinin tüm işkollarında uygulanacağını öngörmüştür. Yasakoyucunun bu haksız ayırımı gidermesi beklenmektedir (Soyer, Feshe Karşı Koruma, 28;S. Öktem Songu, Legal İşHSGHD 2004, sayı 3, 836).

2. İş sözleşmesinin belirsiz süreli olması: İşçinin işverenin feshine karşı korunması sadece belirsiz süreli iş akitleri için söz konusu olur. Belirli süreli olan iş akitlerinde akdin niteliği gereği zaten başka bir güvence vardır. Nitekim belirli süreli sözleşme, süre sonuna kadar, derhal fesih için haklı bir neden ortaya çıkmadıkça devam edecektir. Bu özellik işçiye bir anlamda iş güvencesi sağlar. Belirli süreli yapılmasını gerektiren objektif nedenlerin bulunmaması nedeniyle ya da uzaması nedeniyle belirsiz süreliye dönüşen iş akitleri de iş güvencesi kapsamına girer (Tuncay, İş Güvencesi, 7).

3. Sözleşmenin işveren tarafından feshi: İş güvencesi, sözleşmenin işverenin keyfi ve geçerli olmayan fesihlerine karşı işçiyi korur. İşçinin sözleşmeyi feshine karışmaz. Karşılıklı anlaşma ile sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, işe iade davası açılabilir açılmayacağı konusu ise tartışmalıdır (Soyer, 31).Yargıtay, işverenin ihbar tazminatı ödemedi fakat önel vererek sözleşmeyi fesih durumunda önel içinde işçinin yaşlılık aylığı almak amacıyla Kuruma başvurusu durumunda feshin artık işveren tarafından değil, fakat işçi tarafından yapılan bir fesih olarak nitelendirerek işçinin feshin geçersizliğini ve işe iadeyi talep edemeyeceğine karar vermiştir (9.HD.21.6.2004, E.15842, K.15334: Çimento İşv. Eylül 2004, 64). Yüksek mahkemenin aynı yöndeki ve daha sonraki tarihli kararları 2/3 oy çokluğu ile alınmışlardır (9.HD., 13.1.2005, E.31429, K.632; 17.3.2005, E.8756, K.19854; 21.4.2005, E.10722, K.14042). Ancak bu kararlar doktrinde haklı olarak isabetli bulunmamıştır (Soyer, 33; M. Uçum, Legal YKİ, 2006/1, 55).

Belirtelim ki, işverenin bildirim şartına uymaması ya da ihbar öneline ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz (İşK.md.17/4).

4. İşçinin en az 6 aylık kıdemi olması: Alman Hukukundan esinlenmiş olan bu şartla, bir bakıma işverene feshe karar verme hususunda bir deneme süresi tanınmış oluyor (Brox/Rütters/Henssler, Nr. 490). Ayrıca mahkemelerin çok sayıda açılan işe iade davaları altında boğulması da engellenmiş olur (Pitt, 235). Altı aylık sürenin bitmesine, fesih tarihinde çok kısa bir süre kalmış olması, işçiyi güvence kapsamına sokmaya yetmez (9.HD.26.1.04, İşveren, Haz. 2004, 17). Hatta fesih son günde gerçekleştirilse dahi işçi iş güvencesinden yararlanamayacaktır (Lö-

wisch, 1327). Aynı şekilde bu sürenin bildirim önelleri sonunda dolacak olması da durumu değiştirmez (Soyer, 33). Çünkü 6 aylık kıdem şartı fesih anında aranır. Altı aylık kıdem hesabında aynı işverenin daha önceki işyerlerinde fasılalı da olsa geçen süreler de hesaba katılır. Bu işyerlerinin aynı işkolunda olması gerekmez (Soyer, 34; Uçum, Legal İşHSGHD, Mart 2003, 576; Ekonomi, 43. Karş. Ulucan, İş Güvencesi, 29). İşyerinin el değiştirmiş olması da fark etmez. Altı aylık kıdem yeni işvereni de bağlar. Ayrıca altı aylık kıdem hesabında işin niteliği veya girdiği işkolu önemli değilse de bunun İş Kanunu'na tabi bir iş olması gerekir. Aynı düşünce tarzı Basın İş Kanunu'na tabi işçiler için de geçerli olmalıdır (Farklı görüşte: Soyer, 35)

Ekleyelim ki, iş güvencesinden yararlanmak için 6 aylık kıdem şartı Birleşik Krallıkta, önce iki yıl sonra da bir yıl olarak kabul edilmiştir (ERA Art. 108/1) (Pitt, 234). Fransa'da ise işe iade hakkında yararlanabilmek için en az iki yıllık kıdem aranır (C. Radè, Droit du Travail, Paris 2000, 138)

5. 30 veya daha fazla işçi çalıştırılan işyeri olması: 4773 sayılı kanun zamanında, 10 işçi kıstası vardı. Almanya'da halen (1.1.2004'den beri) böyledir (23/3, KSchG). 4857 sayılı Kanun 10 işçi ölçütünü 30'a çıkarmıştır. Böylece bazı sosyal ve ekonomik nedenlerle küçük işyerleri iş güvencesi kapsamı dışında tutulmak istenmiştir. Bu kıstas Fransa'da en az 11 işçi (Radè, 138) İtalya'da 15 işçidir (Süzek, 437). 30 işçi kıstasına sadece işverene iş sözleşmesiyle bağlı olarak çalışanlar dâhildir. Dolayısıyla çırak, stajyer, öğrenci gibi çalışanlar bu sayıya dâhil değildir. Sözleşmenin tipi önemli değildir. Özel güvenlik görevlileri, hatta iş güvencesinden yararlanamayan işveren vekilleri de bu sayıya dâhildir (Uçum, Legal İşHSGHD, Mart 2003,575; Soyer, 40). Ancak yıllık ücretli izin, hastalık gibi nedenlerle iş akitleri askıda kalan işçiler bu sayıya dâhildir. Geçici iş ilişkisi kapsamında çalışanlar ise bu sayıya dâhil edilemezler. Alt işveren işçileri de dahil edilemez. İşverenin aynı işkolunda değişik işyerleri varsa 30 işçi ölçütünün tespitinde tüm işyerleri hesaba katılır. Bu hüküm karşısında işverenin ne başka işkollarında çalıştırdığı ne de yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınır. Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30 işçi ölçütünü Türkiye'deki irtibat bürosunun (ve şubenin) yurtdışındaki işyerlerine kadar genişleten çok tartışma götürür iki kararı vardır (9. Hukuk Dairesi, 3.7.2006, E.9818, K.19560; 9.HD., 12.2.2007, E.32297, K.3272) ki katılmak mümkün değildir. Çünkü 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması başka ülkelere teşmil edilemez. İş sözleşmesine ilişkin yasaların uygulanmasında ülkesellik ilkesi geçerlidir. Ayrıca Yasakoyucunun iradesinin bu olduğu yönünde yasa da hiçbir açıklık yoktur. Böyle bir açıklığın bulunmaması Yasakoyucunun, yasanın sadece Türkiye'deki işyerlerini amaçlamadığı şeklinde yorumlamasına imkân vermez. Zira

yasaların onu çıkaran Devletin ülkesinde uygulanması esastır. Bununla birlikte doktrinde, Yargıtay'ın bu görüşü yurtdışında “doğrudan uygulanabilir kurallar” teorisine dayanılarak desteklenmiştir (Bak. Aygöl/Uşan, LEGAL, YKİ, 2007/3, 75 vd.). 30 işçi ölçütünün tespitinde fesih tarihinde iş yerinden çıkarılmakla beraber işe iade davası açmış olan işçiler de hesaba katılır (9. HD, 20.11.2006, E.22120, K.30720) (Çalışma ve Toplum). 30 işçi ölçütünün uygulanmasında kıdemi 6 aydan kısa olanlar da hesaba katılır. Acaba 30 işçi ölçütü sözleşmelerle aşağı çekilebilir mi ya da kaldırılabilir mi? Hüküm nisbi emredici nitelikte olduğundan buna olumlu cevap vermek daha doğru görünmektedir (Soyer, 43; Ekonomi,28). İş güvencesinden yararlanabilmek için işçinin çalıştığı işyerinde fesih işleminin yapıldığı esnada en az 30 işçi çalışıyor olması gerekir (Süzek, 439; Demir, 187) Yargıtay da bu görüştedir (9.HD, 8.4.2004, E.7166, K.7634: Çankaya/Günay/Göktaş, 310-311). Buna karşılık Ekonomi (TÜSİAD, 2005, s.39) fesih anında işyerinin normal işleyebilmesi için gerekli olan en az 30 işçinin çalışması gerektiği görüşündedir (Karş. Mollamahmutoğlu, 568). Ekleyelim ki, işyeri İş Kanunu md. 4/1b kapsamında 50 den fazla işçi çalıştıran bir tarım ya da orman işletmesinde çalışanlar iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaklardır.

6. İşveren vekili statüsünde olmamak: İş güvencesi kapsamı dışında bırakılan işveren vekilleri, İş Kanunu md.2/3'te tanımı yapılan işveren vekilinden biraz farklı ve daha dar kapsamlıdır. Bunlar işverene yakın kişiler olup genel müdür veya genel müdür yardımcısı gibi işletmenin bütününe sevk ve idare eden ya da işyerinin bütününe sevk ve idare yetkisini haiz olmaksızın başka işçi almaya ve işten çıkarmaya yetkili olan kişilerdir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 19.9.2005, E.21058, K.30347).

### **III. FESİH NEDENİNİN GEÇERLİ OLMASI**

Geçerli nedenler, İş Kanunu md.25'te belirtilen ve işverene sözleşmeyi derhal fesih yetkisi tanıyan önem ve ağırlıkta olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz yönde etkileyen ve işverenden önemli ve makul ölçüler içinde sözleşmeye devamın beklenemeyeceği nedenlerdir (Yargıtay 9.HD. 29.5.2006, E. 12237, K.1547: Çalışma ve Toplum; 30.6.2005, E.20401,K.23361: Kazancı; 30.10.2006, E.19231, K.28481: IBD 2007, Sayı 1, 256; 9.5.2006, E.11451, K.13071: Legal İşHSGHD 2007, sayı 13,13,372). Fesih olayın özelliği ve tüm şartlar göz önünde tutulduğunda işveren tarafından başvurulması beklenebilir ölçülülükte olması gerekir (Brox/Rüthers/Henssler, Nr.494).

1. İşçinin yetersizliği veya davranışlarından kaynaklanan sebepler: İşçinin yeterliliği (ya da yetersizliği) insanda esasen var olan bir özelliktir. Kusur burada söz konusu olmaz (Kılıçoğlu/Şenocak,385,329). Oysa işçinin davranışlarında kusur aranır. Bu nedenle işçinin davranışlarından dolayı fesih için önceden yerine göre bir ya da birkaç ihtar vermek yasanın amacına uygun düşer (Kılıçoğlu/Şenocak,387 vd.; Ekonomi,51). İspat kolaylığı açısından ihtarın yazılı olmasında yarar vardır (Kramer,59). BAG'nin, yani federal Alman İş Mahkemesi'nin 2002 tarihli bir kararına göre yaptırım içermeyen fakat peş peşe verilen (olayda 6 tane) ihtarlar hukuki bir sonuç doğurmaz (Brox/Rüthers/Henssler, Nr.510). İhtar metninde işçinin akde aykırı tutumu ve bunun tekrarlanması halinde ne olacağı (sözleşmenin fesh edileceği) açıkça belirtilmelidir. Ayrıca ihtarı işveren veya yetkili işveren vekili de yapabilir. (Brox/Rüthers/Henssler,Nr.513,514; Söllner/Waltermann,Nr.932). İhtardan sonra işçiye makul bir süre tanınarak iş akdini feshetmeden önce bunun sonucu beklenmelidir (Pitt, 253). Verimsiz çalışma, düşük performans, işe ilginin azalması, işe yatkın olmama, öğrenme-kendini geliştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, uyum yetersizliği gibi nedenler işçinin yetersizliğine ilişkin nedenler arasındadır.

İşçinin davranışlarından doğan geçerli fesih nedenleri ise İş Kanunu md.25/II kapsamında kiler kadar ağır olmasa da işin ve işyerinin akışını olumsuz yönde etkileyen nedenlerdir. Bu nedenlerde işçinin kusuru söz konusudur. İşverene zarar verme ihtimali içeren davranışlarda bulunma, sık sık işe geç gelmek, iş arkadaşlarından sık sık borç istemek, iş akışını olumsuz yönde etkileyen uzun telefon görüşmeleri yapmak, iş arkadaşları ve amirleri ile sık sık tartışmak, geçimsizlik, alkol ve sigara kullanma yasağına aldırılmama, pis ya da uygunsuz giyim kuşam, sağlık ve güvenlik kurallarının ihlali, kavgaya karışma, uyuşturucu kullanma, ahlaksızlık, işini uyarılara rağmen kötü yapmak bu durumlara örnek gösterilebilir. Bu örnekleri sınırlayıcı biçimde saymak mümkün değildir. Bunlar uygulamada yargı kararları ile ortaya çıkmaktadırlar.

İş gücünde bir azalmaya yol açmadıkça soyut olarak işçinin belli bir yaşa ulaşması ya da emeklilik hakkını kazanması tek başına geçerli fesih nedeni oluşturmaz. Bu sonuç AB'nin işçiler arasında yaş yönünden ayrımcılık yapılamayacağı yönündeki yönergesine de uygun düşer (2000/78). Ancak işyerinde bu yönde öteden beri yapılan objektif ve genel bir uygulama varsa yaş veya emeklilik geçerli bir fesih nedeni kabul edilebilir (Yargıtay 9.HD.8.5.2006, E.1080, K.12947. Aynı yönde: 9.HD., 8.5.2006, E.1686K.12904: Kılıçoğlu/Şenocak, 352; Soyer 50). Genel ve objektif düzenlemeler, işyeri iç yönetmeliği şeklinde olabileceği gibi toplu iş sözleşmesi şeklinde de olabilir. Bireysel iş sözleşmesine konulan böyle bir şart kanımca geçersizdir.

Bununla birlikte Birleşik Krallıkta emeklilik yaşına (65) ulaşmış olan ya da iş akdinde belli bir yaşa ulaşmış olanın iş akdinin feshedileceği yazılı olan durumlarda, işten çıkarılan işçi iş güvencesinden yararlanamaz (Pitt, 235; Selwyn, 327-328). Almanya'da da ilke olarak belli bir yaşa ulaşmış olma ya da yaşlılık aylığına hak kazanmış olma geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinde ya da işyeri iç yönetmeliğinde bu yönde genel ve objektif bir hüküm yer alıyorsa bu hükme göre işçi çıkartılması caizdir. Ayrıca bireysel iş sözleşmesinde böyle bir hükmün yer alması durumunda da feshin emeklilik yaşı olan 65 yaşın doldurulmasına kadar ertelendiği kabul edilir ya da böyle bir şart sözleşmenin feshinden önceki 3 yıl veya daha önce kararlaştırılmış ise geçerli sayılır (K.Kramer, Die Kündigung im Arbeitsrecht, 10. Aufl., Stuttgart 2004, 63). Yabancı işçinin çalışma izninin kaldırılması, uzman işçinin ruhsatının iptali, işçinin tehlikeli ve bulaşıcı bir hastalığa yakalanması, yetersizlik nedeniyle fesih nedenleri arasında yer alır (Ulucan, İş Güvencesi, 49; Brox/Rüthers/Henssler, Nr. 499). İşçinin davranışlarının geçerli fesih nedeni oluşturabilmesi için bu davranışların sadece işveren tarafından değil üçüncü kişiler tarafından da geçerli bir fesih nedeni oluşturacağını kabul edilmesi gerekir (Ulucan, İş Güvencesi, 52). Alkol bağımlılığının ise işverenin güvenini sarsması yeterli olmayıp işin görülmesini de olumsuz yönde etkilemesi gerekir. İşyerinde türban takmaya başlamanın geçerli çıkarma nedeni sayılıp sayılmayacağı Alman Hukukunda tartışmalı bir konudur (Brox/Rüthers/Henssler, Nr. 498). Bana göre ülkemizde işe alındığı sırada türban takmayanın sonradan takmaya başlaması geçerli çıkarma nedeni sayılabilir. İş Kanunu md.18/3d hükmü buna engel değildir.

2. İşletmeye, işyerine veya işin gereklerine dayanan bir neden bulunması: Bu durumlarda işçinin kusuru söz konusu değildir. Zira burada fesih nedenleri fesihte bulunan işverenin işletmesinden, onun hukuki alanından kaynaklanmaktadır (Engin,33). İşletme gerekleri ile feshin amacı işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına göre ayarlanmasıdır (Engin, 36; Löwisch, Nr.1350).

a) İşletmeye veya işyerine ilişkin nedenler: Bunlar iki türdür.

İşyerinin içinden kaynaklanan nedenler: Yeni çalışma yöntemleri, yeni teknoloji getirilmesi, işin küçültülmesi, bazı bölümlerin kapatılması vs.

İşyerinin dışından kaynaklanan nedenler: Enerji sıkıntısı, ekonomik kriz, piyasada durgunluk, talep darlığı, hammadde sıkıntısı, sürüm ve satış olanaklarının azalması, olumsuz rekabet şartları vs. Bu örnekleri de tüketici biçimde saymak mümkün olmayıp, bunlar yargı kararları ile

zenginleşecektir. Nitekim Yüksek Mahkeme özelleştirmeyi, içeriği itibariyle ekonomik bir nedenden olduğu, yapısal değişiklik içerdiği gerekçeleriyle işçi çıkartılmasını işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden kabul etmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.9.2004, E.23670, K.20219). Yargıtay, yardımcı işlerin yasal mevzuat dairesinde alt işverenlere bırakılmasının bir tür yeniden yapılanma niteliğinde olması nedeniyle işçi çıkarılmasını da geçerli kabul etmiştir (Yargıtay, 9.Hukuk Dairesi, 26.6.2006, E.16835, K.18809; 15. 5.2006, E.11741, K.14066). Yargıtay, başka şirketle birleşme sonucu yeni çalışma düzeni kurmak, rekabet gücünü arttırmak amacıyla ya da ekonomik nedenlerle veya zarar etme, küçülme, ücretlerin ödenememesi gibi nedenlerle işçi çıkarttıktan sonra işletmeye yeni işçi alınması durumunda, yapılmış olan fesihlerin geçersiz hale geleceğine karar vermiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2.2.2005, E.574,K.2876; 16.5.2005, E.3899, K.16747; 24.1.2005, E.33536, K.1227; 27.11.2006, E.22752, K.31085: Kazancı). Fransız Hukukunda da aynı görüş hâkimdir (Bak. Güzel, 34). Ayrıca maliyeti düşürmek amacıyla yerlerine ucuz işçi almak için mevcut işçilerin çıkarılması da geçerli bir çıkarma nedeni sayılmaz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işe alırken aramadığı yabancı dil bilme koşulunu daha sonra ortaya çıkan işyeri gerekleri ile fesih nedeni yapılamayacağına ayrıca ultima ratio ilkesinin gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir (21.4.2005, E.10825; K.14175: Kazancı).

Yargıtay bir olayda telekomünikasyon alanında tekel konumunda çalışan kuruluşun yüksek teknolojiyi benimsemesi nedeniyle bilgisayar mühendisi personel çalıştırmak amacıyla ilkökul ve ortaokul mezunu personelin işlerine son verilmesini geçerli neden olarak değerlendirmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 7.7.2005, E.21085, K.24114 ve C. Tuncay'ın kararı destekleyen incelemesi: Legal İş HSGHD, 2006/10, 562 vd.).

İşyeri içinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri, işletmeyi ilgilendiren (işletmesel) bir karar sonucunda ortaya çıkar. Bu kararlar geleceğe yönelik işletme politikasını, planlamasını ve işverenin ekonomik takdir ve tercihlerini yansıtan kararlardır (Soyer, 47). Ancak işyeri dışından kaynaklanan nedenler de işletmesel bir karar sonucu işçi çıkarılmasına yol açabilir (Kılıçoğlu/Şenocak,249). Burada dış etkenler işveren kararını adeta yönlendirici bir rol oynar.

b) İşletmesel kararlar yargı denetimi dışında kalır: İşletmesel kararın rizikosunu hakim değil, müteşebbis taşıdığı için kararın yargı denetimi dışında bırakılması doğaldır (Kılıçoğlu/Şenocak, 224). Dolayısıyla hakim feshi gerekli kılan işverenin işletmesel kararının yerinde, gerekli, amaca uygun, ya da ekonomik olup olmadığını yargılayamaz. Bu karar onun özel girişim özgürlüğünü ilgilendirir (Brox/Rüthers/Henssler, Nr.520; Engin, 62). Ancak objektif ve akla uy-

gun olmayan, keyfi olan, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eden, sözleşmeye ve yasaya açıkça aykırı olan işletmesel kararlar fesih nedeni yapıldığı takdirde yargı denetimine tabidir. Buna keyfilik denetimi de denir (Kılıçoğlu/Şenocak, 322; Soyer 48). Bu takdirde işçinin işini korumasındaki çıkarı işletmesel karara üstün tutmak gerekir. Buna karşılık işyerinin ya da bir bölümünün kapatılması kararı, amaca uygunluk, gereklilik, yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Bu da işverenin özel girişim özgürlüğünü ilgilendirir. Ancak burada hakkın kötüye kullanılması varsa kuşkusuz yargıcın denetimine tabi olur (Kılıçoğlu/Şenocak, 301,304). Bazı işlerin taşeronla verilmesi sonucu işçi çıkarılması da ilke olarak yargı denetimine tabi değildir (Kılıçoğlu/Şenocak, 282). Muvazaa hali hariçtir.

c) Feshin son çare olması ilkesi: Yasada buna dair bir açıklık yoktur. Bu, özellikle Alman doktrininin (Löwisch, Nr. 1339 vd; Brox/Rüthers/Henssler, Nr. 485,495) ve içtihatların yarattığı bir ilkedir. Şöyle ki, feshe başvurulmadan önce fesihle elde edilecek sonuca daha hafif önlemlerle ulaşıp ulaşılamayacağını araştırılmasını gerekli kılar. Bu ilkenin sadece işletmeye ve işyerine ilişkin fesihlerde değil, işçinin performansı, uyumu gibi nedenlerle yapılan fesihlerde de geçerli olduğu kabul edilmektedir (Kılıçoğlu/ Şenocak, 205; Ulucan, İş Güvencesi, 43; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 158; Çelik, 204; Engin, 90 vd.). Ancak Yargıtay'ın bu ilkeyi daha çok işletmesel kararlarda uygulamakta olduğu gözlenmektedir (Kılıçoğlu/Şenocak, 205).

İş Kanunu md.22 kapsamında çalışma koşullarında değişiklik, ücretsiz izin, md.65 kapsamında kısa çalışma, işçiyi başka yerde çalıştırma (fesih anında boş yer varsa), işçiyi eğitime tabi tutma (işverenden beklenebilecek ölçüde olmak şartıyla) son çare ilkesine uygun örnekler olarak sunulmaktadır. Mamafih aynı şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlerden birinden çıkartılmak istenen kişinin ultima ratio ilkesi uğruna aynı gruptaki diğer bir şirkette çalıştırılması kabul edilemez. Zira aynı gruba dâhil olsalar da her şirket ayrı tüzel kişiliğe, ayrı hak ve borçlara sahiptir (Löwisch, Nr.1355). Buna karşılık Fransa'da işletme nedenleri ile işten çıkarmadan önce işçi veya işçilerin aynı şirketler grubuna dahil bir başka şirkette istihdam olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması feshin geçerliliği açısından gerekli görülmektedir (Radè, 134; F.Duquesne, Droit du Travail, 3e Ed., Paris 2005, 107).

Yargıtayın ekonomik nedenlere dayanan fesihleri denetlerken son çare ilkesinin amacını çok aşan kıstaslar getirdiği görülmektedir (Soyer, 54). Nitekim, fesihden önce temsil ve tanıtma giderlerinin azaltılması, temsil edenlere ayrılan telefon ücretlerinde tasarrufa gidilmesi gibi uygulamalara başvurulmamış olması nedeniyle feshin geçerli olamayacağı (9. HD., 27.10.2003, E.18257,



K.17985: TÜHİS, Kasım 2003, 44. Aynı paralelde: 9. HD., 27.11,2006, E.22752, K.31085: Çalışma ve Toplum; 17.3.2005, E.5400, K.8796: Kazancı) kabul edilebilecek sonuçlar değildir. Ayrıca fazla çalışmaların kaldırılması, işi zamana yayma, işçinin rızası ile iş süresinin kısaltılması, aksi halde feshin geçerli sayılmayacağı içtihadı (9.HD., 8.7.2003, E.12442, K.13123: Tekstil İşveren D., Ekim 2003,32), zarar nedeniyle işten çıkarmalarda işverenin üretimi ve verimliliği arttırıcı önlemleri almamasının, teknolojik gelişmelerin izlenmemesinin feshi geçersiz hale getireceği (9.HD., 29.12.2003, E.23204, K.22988: Legal İş HSGHD, 2004/2, 633) içtihadı, feshin geçerli sayılması için işletmede yeni teknolojiyi kullanabilen yüksek eğitilmiş personele ihtiyaç bulunup bulunmadığının araştırılmasının gerekmesi (29.3.2004, E.3405, K.6455; 6.12.2004, E.11759,K.26275; 7.6.2004, E.14496, K.13993: Kazancı) oldukça abartılı kriterler olarak dikkat çekmektedir.

İş Kanunu md.18, 158 sayılı sözleşmenin 5. maddesinde sayılanlara paralel olarak, şu hususları kesinlikle fesih için geçerli neden saymamıştır: Bunlar sendika üyeliği, sendikal faaliyetlere katılma, işyeri sendika temsilciliği yapmak, hakkını aramak maksadıyla işveren aleyhine idari ve adli makamlara başvuru veya bu husustaki bir sürece katılma, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, gebelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerdir. Bu nedenlerin bulunması durumunda ispat yükü işçiye geçer(Çelik, 217).

#### **IV. FESİHTE UYULMASI GEREKEN USUL**

1. Fesih süresi: Yasada buna dair bir hüküm yoktur. Burada İş Kanunu md.26'daki süre uygulanamayacağına göre Medeni Kanun md.2 anlamında işverenin bu hakkını makul bir süre içinde kullanması en uygundur.

2. Feshin yazılı olması: İş Kanunu md.19/1'e göre feshin yazılı olması gerekir. Bu şart geçerlilik şartıdır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.9.04, E.5522, K.1993: Legal İşHSGHD, 2005/5, 303)

3. Fesih nedeninin açıkça gösterilmesi: Yazılı fesih bildiriminde fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesi gerekir. Neden gösterilmemesi feshi geçersiz kılar (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.1.03, E.1804, K.18119: TÜHİS, Kasım 2003,3). “Görülen lüzum üzerine”, “kusurlu davranışlarınız nedeniyle” gibi soyut ifadeler yeterli değildir (Kılıçoğlu/Şenocak, 57).

Karşılıklı anlaşma ile sözleşmeyi ortadan kaldırma (ikale sözleşmesi) geçerli midir? Temel hukuk ilkeleri içinde geçerli olan irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkeleri göz önünde tutul-

duğunda iş sözleşmesinin ikale ile ortadan kaldırılması ve bunun işe iade davasına izin vermesi gerekir. Yargıtay da prensip itibariyle böyle düşünmektedir (Çankaya/Günay/Göktaş, 167). Ancak Yüksek Mahkeme işçiyi koruma uğruna o kadar çok sınırlama getirmektedir ki ne-redeyse karşılıklı anlaşma ile sözleşmenin ortadan kaldırılması ve işçinin işe iade davası açma hakkının ortadan kaldırılması imkânsızlaşmaktadır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, karşılıklı mutabakata dayalı yazılı protokolle iş akdinin sona erdirilmesi halinde protokolde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmiş olduğu yazılı ise sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğini varsaymaktadır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi,16.10.2006, E.19194, K.27398). Bir başka karara göre, karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldırılan sözleşme sonrası işçiden alınan ibranamede sadece ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi karşılığında işverenin ibra edildiği yazılı ise ortada yine karşılıklı anlaşma ile fesih söz edilemez. İş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26.5.2004, E.1424, K.12594). İhbar ve kıdem tazminatı ödenerek iş akdinin feshiyle aynı tarihte imzalanan protokolle işçinin işe iade hakkından feragat ettiğine dair beyanda geçerli sayılmamıştır (13.1.2005, E.32713.K.1005). Belli bir ödeme karşılığında işe iade davasından peşinen feragat de olanaklı değildir (10.7.2006, E.16045, K.20332: Legal İş HSGHD, 2006/12, 1458). Öyle anlaşılıyor ki, ikale işçiye sadece ihbar ve kıdem tazminatı ödeme karşılığında gerçekleştirilmiş ise bu usul esasen işverenin feshine benzediğinden Yüksek Mahkemeye göre işe iade davası açma hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak Yargıtay işçinin belli ödemeler karşılığında feshi talep etmesi halinde işten çıkarılmasının işçiye sonradan işe iade hakkı vermeyeceğini kabul etmektedir ki, bu da ikale değildir. İşveren gösterdiği fesih sebebine bağlı olup dava esnasında başka nedene dayanamaz (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26.6.2006,E.15134,K.18888).

Birleşik Krallık Hukukunda sözleşmenin karşılıklı mutabakatla ortadan kaldırılması geçerli olup, ortada işverenin feshi bulunmadığından işçi bu durumda işe iade davası açamaz (Pitt, 240; Selwyn, 341).

4. Feshin “ölçülülük” ilkesine uygun olması: Tüm hal ve şartlar göz önünde tutulduğunda işverenin feshe başvurması diğer önlemler yanında en uygun önlem olduğu kabul edilmelidir (Brox/Rüthers/Henssler, Nr.494). Diğer bir ifade ile işverenin işçiyi çıkarma ile elde edeceği yarar, işçinin işi üzerindeki hakkından fazla olmalıdır. Alman Hukukunda “ölçülülük ilkesi” denen bu ilkeye Birleşik Krallıkta “makuliyet testi” denir. Bundan amaç işçiyi işten çıkarmanın işverenin başvurabileceği diğer önlemler arasında en kabul edilebilir önlem olmasıdır (Pitt, 249).

Yargıtay, işyeri birleşmesi ya da üretim veya satışların azalması gibi nedenlerle işyerinde meydana gelen işçi fazlalığı dolayısıyla (işyerine veya işletmeye ilişkin nedenler) işten çıkarma-

larda, işten çıkartılan işçilerin seçiminde dikkate alınan kriterlerin hukuken korunabilir ve objektif olmasını aramaktadır (Bak. 9.HD., 22.5.2006,E.10732, K.15164; 11.12.2006,E.24963, K.32630: Çalışma ve Toplum). Örneğin son giren ilk çıkar, eğitim düzeyi daha düşük olan gider gibi. Her iki ilke de dürüstlük kuralının doğal bir sonucudur.

5. İşçinin savunmasının alınması: Davranış ya da yetersizlik nedenine dayalı fesihlerde işçinin önceden savunmasının alınması şarttır (md.19/2). Esasen 158 sayılı sözleşmede de işçiye savunma fırsatı verilmeden iş ilişkisinin işçinin davranışları ya da yetersizliği nedeniyle sona erdirilemeyeceği öngörülmüştür (md.7). Savunma alınmadan yapılan fesih aslında geçerli sebebe dayansa dahi geçersiz sayılır (9. HD. 1.2.2005, E.31375,K.284: Kazancı; 27.4.2005, E.10261,K.14718: Kazancı). Bununla birlikte 158 sayılı Sözleşmeye göre makul ölçülere göre beklenemeyecek hallerde işçiden savunma alınması aranmayacaktır (md.7). İşçinin savunma yapmamasının riski kendisine ait olur. İş Kanunu md.25/II anlamında işverene iş sözleşmesini haklı fesih hakkı tanımayan durumlarda savunma alınmasına gerek yoktur (md.19/son).

## **V. İŞE İADE DAVASI VE YARGILAMA USULÜ**

İşçiye fesih bildiriminde gösterilen nedenin geçerli olmadığı ya da hiç neden gösterilmediği iddiası ile iş mahkemesinde feshin geçersizliği ve işe iade talebiyle yetkili iş mahkemesinde dava açma hakkı tanınmıştır (md.20/1). Yasa, davanın özel hakemde de görülebileceğini öngörmüşse de bu husus tartışmalı olup, hükmün Anayasaya aykırılık iddiası Anayasa Mahkemesi önündedir. Bize göre bu şart iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde yer alıyorsa bu durum hem işçinin serbest iradesini yansıtmayacağı hem de Anayasa'nın doğal hakim ilkesine (md.37) aykırı olduğundan geçersiz sayılmalıdır (Aksi görüşte: Çelik, 223 ve orada anılan yazarlar) (Karş. Çankaya/Günay/Göktaş, 215; Akı/Altıntaş/Bahçıvanlar, 136, Güzel; 38). Bununla birlikte iş akdi sona erdikten ve işe iade konusunda uyuşmazlık çıktıktan sonra tarafların bu konuda bir tahkim sözleşmesi akdetmelerine karşı çıkılmamalıdır diye düşünüyorum.

1. Dava açma süresi: Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren 1 aydır. Bu süre hak düşürücü süre olup feshi ihbar öneli verilmiş olsa dahi önelin sona erdiği tarihten değil, fesih bildiriminin işçiye tebliğ edildiği tarihten başlar (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi,11.12.2003, E.20424, K.20629 ve kararı isabetli bulan incelememiz: Legal İşHSGHD, 2004/2, 533 vd.; 9.HD.,18.12.2006, E.26214, K.33181; 21.3.2005.E.7361, K.9084: Kazancı; 10.3.2005, E.5179, K.7898; 17.5.2005, E.11753, K.18631: Kazancı).

2. Yargılama süreci: Dava, seri yargılama usulüne göre (HUMK md. 501-506) iki ay içinde sonuçlandırılır. Seri yargılama usulü yazılı usulün çabuklaştırılmış şeklidir. Kararın temyizi halinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak kararını verir (md.20/3). Bu davalar seri yargılama usulüne tabi olduğundan, buna karşılık ihbar ve kıdem tazminatları, ücret vs. alacaklar ise sözlü yargılama usulüne tabi olduğundan, işe iade davası ile birlikte talep edilemezler. İşçi, ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarını dava ettikten sonra ayrıca ve yasal süresi içinde feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası açmış ise işe iade davasının sonucunun beklenmesi ve ancak bu davanın reddi halinde ihbar ve kıdem tazminatı alacağı davasına devam edilmesi uygun olur (Akı/Altıntaş/Bahçıvanlar, 137). Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 23.6.2005, E.31568, K. 22658; 23.6.2005, E.31568, K.22658: Kazancı). Ayrıca bir aylık hak düşürücü süre geçirilmiş olsa dahi, işten çıkarılan işçinin daha sonra ihbar, kıdem tazminatı davası açma hakkı saklıdır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 24.2.2004, E.22581, K.3229: Kazancı). Bununla birlikte bir yazar, ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesinin feshin sonucuna bağlı olmadığını, ortada iş akdinin önelli feshi bulunduğuna göre ödemenin de normalde yapılmış olması gerektiğinden hareketle hakim her iki davayı da eş zamanlı olarak inceleyip karara verebileceği düşüncesindedir (Legal, 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu, 83).

İşe iade davasında 158 sayılı ILO Sözleşmesi hükümleri (md.9/2a) doğrultusunda işten çıkarmanın geçerli nedene dayandığını ispat yükü işveren üzerinde bırakılmıştır (md.20/2). Bu durum, işçinin işini koruması uğruna Medeni Kanun md.6'daki genel kuraldan sapma niteliğindedir. Şu kadar ki, işçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Yargıtay, bir uyuşmazlıkta organizasyonel değişikliğin iş akdinin feshini gerekli ve zorunlu kıldığına ve finanstan sorumlu genel müdür yardımcısı olan davacının işveren vekili olduğunu ispat yükünün işverende olduğuna, bu ispatlamanın yapılmadığına göre işe iadesine karar vermiştir (9.HD.,24.1. 2005, E.31542 K.1113: Kazancı)

İlginçtir ki, 2821 sayılı kanunda sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde ispat yükü bakımından güvence kapsamında olanlarla olmayanlar arasında haklı görülemeyecek bir farklılık yaratılmıştır (Soyer, 60; Çelik, 384; Süzek,478). Gerçekten, feshin sendikal nedenlerle yapıldığını iş güvencesi kapsamında olan bir işçi iddia etmişse ispat yükü işçide, buna karşılık güvence kapsamı dışında kalan bir işçi iddia etmişse, feshin sendikal nedenlere dayanmadığını ispat yükü işverendedir (Sendikalar Kanunu md.31/7). 4773 sayılı kanunla getirilen bu haksız ayırımın kaldırılmasında ve genel kurala dönülmesinde yarar vardır.

Uygulamada, işe iade davası sürerken işçinin işverence yeniden işe başlatıldığına rastlanmaktadır. Bu durumda davanın akıbeti konusunda, Yargıtay başlangıçta feshin geçersizliğine karar verilemeyeceğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının boşta geçen ücret alacağı hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermişti (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 8.7.2003, E.12444, K.13125). Her ne kadar dava feshin geçersiz sayılması ve işe iade kararı verilmesi yönünden sonuçsuz kalmışsa da boşta geçen süreye ilişkin ücret için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Uyuşmazlık davanın bu yönü itibarıyla devam ettiğinden bu yöne ilişkin bir hükümle sonuçlanmalıdır şeklindeki görüşümüz (C. Tuncay, İade Kararı Verilmeden İşçinin İşe Alınması, Çimento İşveren D., Mart 2004,60, Aynı şekilde: M. Özekes, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, 152) daha sonra Yargıtay'ca da uygun bulunarak, böyle bir durumda davanın konusuz kalmadığına ve sadece boşta geçen süre için alacağına hükmedilmesine karar verilmelidir sonucuna varılmıştır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 17.5.2005, E.11753, K.1863; Legal İş HSGHD sayı 8,2005,1722; Aynı nitelikte: 13.6.2005, E.31887, K.21116; Legal İşHSGHD, sayı 8, 2005,1679). Davacı davasından açıkça feragat etmişse ya da talebini geri almışsa 4 aylık ücret vs. hakların ödenmesine karar verilmez (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.3.2005, E.6244, 8054; 2.2.2005, E.31715, K.2889; Kazancı). Aynı şekilde işe iade davası sürerken işe başlaması talep edilen işçi açıkça işe geri dönmesinin imkânsız olduğunu beyan etmişse konusu kalmayan davanın reddine karar verilmelidir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi,13.1.2005, E.33309, K.645; Kazancı). Buna karşılık işverence iş akdinin feshinden sonra işçiden alınan ibraname ile işe iade davasından feragat caiz değildir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.7.2006, E.16045, K.20332; Legal İş HSGHD 2006/12,1458; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 21.4.2005, E. 23961, K.14007; Kazancı). Bu feragat karşılıklı anlaşmayla, iş sözleşmesine konan bir hükümle de olmaz. İş Kanunu md.21/sondaki emredici hüküm gereği bu tür taahhütler ve anlaşmalar geçersizdir.

Ancak işçinin işten çıkarıldıktan sonra belli bir bedel karşılığında işe iade davasından feragat etmesini hukuka aykırı görmemek gerekir. Yeter ki işçinin bu feragati açık ve kesin olsun ve herhangi bir baskı altında gerçekleşmiş olmasın. Aynı şekilde, tarafların mevcut sözleşmeyi karşılıklı anlaşma yoluyla(ikale ile) ortadan kaldırması için de aynı sonuca varmalıyız (Kılıçoğlu/Şenocak, 100). Alman (Kramer, 86) ve Birleşik Krallık Hukuklarında iş akdinin karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldırılması, işverenin feshi sayılamayacağı gerekçesiyle işe iade davasına konu edilemeyeceği kabul edilmektedir (Selwyn, 330).

Fakat Yargıtay, karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmiş olması durumunda yazılı anlaşmada ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olduğunun yazılı olmasını sözleşmenin

işveren tarafından feshedilmiş sayıldığıının delili olarak görmüş ve sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesini geçersiz saymıştır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 16.10.2006, E.19194, K. 27398: İBD 2007, cilt 81, sayı 1,253). Yargıtay, iş akdinin işverence feshinden sonra işçiden alınan ibranamede belli bir ödeme karşılığında işe iade davasından feragat edildiğine dair kaydın geçersiz sayılması gerektiğine dair görüşünü devam ettirmektedir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.7.2006, E.16045, K.20332). Her iki karar da tartışmalı olup bizce irade özerkliği ilkesine ters düşmektedir. Bu hususa yukarıda değinilmiştir.

Yüksek Mahkeme, performans düşüklüğü nedeniyle işten çıkarılmak istenen işçiyle fesih tarihinde yapılan protokolle ihbar ve kıdem tazminatlarını alıp işe iade davasından feragat edilmesini de geçersiz bir beyan kabul edip işe iadeye karar vermiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.1.2005, E.32713, K.1005: Kazancı).

Yargıtay öyle anlaşılıyor ki, işçinin işe iade davası açma hakkının hal ve şerait ne olursa olsun vazgeçilemez, feragat edilemez cinsten kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak olduğunu varsaymakta ve bu haktan feragati amaçlayan sözleşmeleri ya da taahhütlerin geçerliliğine çok kuşkuyla bakmaktadır.

Bir olayda, işe iade davası sürerken davacı ölmüş fakat mirasçıların katılımıyla devam eden dava sonucunda iş mahkemesince feshin geçersizliğine karar verilmişse de işe iade ve buna bağlı tazminata ilişkin talebin konusuz kaldığından söz edilerek sadece boşta geçen süreye ilişkin 4 aylık ücret vs. hakların ödenmesine karar verilmiştir. Temyiz edilen karar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin ücret vs. hakların hüküm altına alınması davacı işçinin işe iade için işverene başvurması şartına bağlı olduğundan oysa davacının dava sırasında ölmüş olması nedeniyle bu başvuruyu imkânsız hale geldiğinden bahisle hatalı bulunmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 6.11.2006 tarihli kararı (E.20109, K.29326: İBD, Cilt 81, sayı 1, 2007, 258 vd.) oy çokluğu ile verilmiş olup, karşı oy yazısı sahibi üye, yerel mahkeme kararının doğru olduğunu ve boşta geçen ücret vs. hakların ödenmesinin işverenin işe başlatma veya başlatmamasına bağlı olmadığına dolayısıyla geçersiz fesih tarihi ile ölüm tarihi arasında 4 aydan fazla süre geçtiğine göre, bu hakların ölen davacının halefi olan mirasçılarına ödenmesi gerektiğini dile getirmiştir. Bize göre karşı oy sahibinin görüşü isabetli olup (Aynı biçimde: C.Tuncay, İş Güvencesi, 11) karar Yargıtay'ın daha önceki kararlarıyla da çelişmektedir. Ayrıca işe iade davası açanın davayı kazandığı takdirde işine dönmeyi amaçladığının kabulü esastır. Ölüm olayı bu varsayımı tersine çevirmeye yetmez.

## VI. İŞE İADE KARARI VE SONUÇLARI

Mahkeme, yaptığı inceleme sonucu fesih nedeninin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varacak olursa, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verecektir. Kararın, tefhiminden itibaren 8 gün içinde temyizi mümkün olup Yargıtay 1 ay içinde kesin kararını verir (md.20/3). Kararın kesinliği, Yargıtay ilamının uyuşmazlığı lehe veya aleyhe kesin olarak sona erdirdiği ve artık iş mahkemesinin bu karara karşı direnemeyeceği anlamına gelir.

Bu karar bir “tespit kararı” niteliğinde olup ilamlı icraya konu olamaz. Mahkeme kararında ayrıca işçinin işe iade edilmemesi ihtimalinde işçiye ödenmesi gereken tazminat ile işçinin çalışmadığı süre boyunca yoksun kaldığı ücret vs. hakları da hüküm altına alınır. Şu kadar ki işçinin işe başlatmama tazminatı takdiren işçinin 4 aylık (brüt çıplak) ücreti ile 8 aylık (brüt çıplak) ücreti arasında değişir. Boşta geçen süreye ilişkin ücret vs. hakları tutarı ise brüt giydirilmiş son ücret ise de 4 ay ile sınırlanmıştır. Böylece işverene işe iade davası sonunda seçimlik bir hak tanınmış olmaktadır (Süzek, 480). Ya davayı kazanan işçiyi işine iade edecek ya da takdir olunan tazminatı ödeyecektir.

Birleşik Krallık Hukuku’nda işçinin geçerli olmayan bir nedenle işten çıkarıldığı kanaatine varan iş yargıcı öncelikle işçinin eski işine iadesine (reinstatement) ya da yeniden işe alınmasına (re-engagement) karar verir. Bu yaptırımların işe yaramaması ihtimalinde tazminata hükmedilir. Bu konuda öncelikle işçinin arzusuna bakılır. İşe iade kararı iş akdinin hiç feshedilmemiş sayılması anlamına gelirken, işçinin yeniden işe alınması eski işinin veya başka bir aynı işin mevcut olmaması durumunda eski işine eşit şartlarla başka bir yerde veya işte işe başlatma anlamına gelir. Her iki halde de işçi çalışmadığı dönemin ücretlerini vs. haklarını alır, kıdem hakları işlemiş sayılır (ERA md. 114,115). Mahkemenin işçinin işe iadesi ya da yeniden işe alınması kararı verme hususunda takdir yetkisi vardır. Ancak burada işçinin arzusuna öncelik verilir. İşçi işverenin işe iade önerisine makul bir neden bulunmaksızın ret cevabı verecek olursa işe iade veya yeniden işe alma kararı verilmeyen durumlarda işçi lehine hükmedilecek tazminat miktarından indirim gidilir (Pitt, 273; Selwyn, 372vd.). Bu tazminat, işçinin kıdem yılına ve yaşına göre değişen bir miktardaki “esas ödeme” (her yıl için 2000 yılı bakımından haftalık 230 poundu geçemez) ile işçinin işinin kaybı nedeniyle uğradığı ücret dâhil tüm maddi kayıplardan oluşan “telafi ödemesi”nden oluşur. Bunun da üst sınırı 50 bin pound ise de olayın özelliğine, işçinin fesihteki rolüne göre önemli uygulamada ölçüde indirim tabi tutulur (Pitt, 274-277; Selwyn, 374 vd.).

Alman Hukukunda, hakim feshin geçersizliğine karar vermekle beraber, işçinin ve işverenin iradelerinden işçinin işe iadesinin gerçekleşmeyeceği kanaatine varacak olursa işçiye işe alınma yerine tazminat ödenmesine karar verir. Bu tazminat işçinin en az 12 aylık ücret tutarındadır. Eğer işçi 50 yaşını ve 15 yıllık kıdemi aşmış ise tazminat tutarı 15 aylık ücret tutarında olup, işçi eğer 55 yaşını ve 20 yıllık kıdemi aşmış ise 18 aylık ücret tutarında tazminata hükmedilir. Bu tazminatın kıdem ve yaşa göre değişen belirli bir kısmı vergi dışıdır (Löwisch, Nr. 1401-1402).

Fransa'da geçerli bir neden bulunmadan iş akdi feshedilen işçi en az 6 aylık brüt ücreti tutarında cezai nitelikte bir tazminat ile eğer çıkarma işletme gerekleri ile yapılıp işçinin işe iadesi de mümkün görülüyorsa ayrıca en az 12 aylık ücreti tutarında bir tazminata hükmedilir (Radè, 139; Duquesne, 100-101).

Yargıtay, feshin geçersizliği ve işe iade kararlarının tespit niteliğinde kararlar olduğundan işe başlatmama tazminatına ve boşta geçen süreye ilişkin ücrete rakamsal miktar belirtilmek-sizin (hesaplama yapılmaksızın) hükmedilmesi gerektiğine karar vermektedir (9.HD.,12.10.2004, E.6421,K.22999;28.10.2004, E.7573, K.24476; 29.12.2004, E.13005, K.29877; 24.5.2004, E.5027, K.12407:Kazancı).

Davacı işçinin fesihden hemen sonra başka işyerinde işe başlamış olması ne işe başlatmama tazminatının alt sınırı olan 4 aylık çıplak ücretin altında, ne de boşta geçen süre ücretinin düşük takdirine neden olabilir (9.HD., 26.5.2005, E.12592, K.19362).

Yargıtay'a göre asıl işveren- alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı durumlarda alt işveren işçisi başından beri asıl işveren işçisi sayıldığından, işe iade hükmü alt işveren değil asıl işveren aleyhine kurulmalıdır (9.HD., 14.4.2005, E.8465, K.13371; 21.2.2005, E.32666, K.5738: Kazancı). Buna karşılık asıl işveren alt işveren arasında muvazaa ilişkisi bulunmadığı durumlarda ve alt işveren işçisinin iş akdinin feshinde etkili olmuş olsa dahi asıl işveren aleyhine işe iade hükmü verilemez (9.HD., 2.5.2005, E.31881, K.15110: Kazancı). Yüksek Mahkeme bir başka olayda yıllık izin sırasında işyerinin kapanarak başka ile nakledildiği ve işçinin iş sözleşmesinin izin esnasında feshedildiği anlaşıldığına göre feshin geçersizliğine ve işçinin yeni adrese iadesine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir (9.HD.12.12.2005, E.36029, K. 39128). Karara katılmamak mümkün değildir. Yüksek Mahkeme bir başka olayda da, İş Kanunu md.25/II kapsamına giren haklı fesih nedeni varken, fesih hakkı 6 iş günlük süre içinde kullanılmazsa fes-



hin haksız hale geleceğine, ancak geçersiz hale gelmeyeceğine hükmetmiştir (9.HD., 31.1.2005, E.17355, K.2619).

4857 sayılı Kanunda geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin hükümler mutlak emredici nitelikte düzenlenmiştir. Nitekim yasanın 21nci maddesinin son fıkrasına göre “Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir surette değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir”. Maddenin gerekçesinde de maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle arttırılmaması için bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır. Demek oluyor ki, 21nci maddenin ilk üç fıkrası mutlak emredici nitelikte düzenlenmiş olduğundan işçi lehine dahi olsa (örneğin işe almama tazminatı bir yıllık ücret tutarına yükseltilemeyecektir) değiştirilemeyecektir (Süzek, 490).

## **VII. İŞÇİNİN İŞVERENE BAŞVURUSU VE İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI**

İş mahkemesinin feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermesi halinde işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlaması için işverene başvurmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise işverence yapılmış fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarına tabi olur (md.21/5). Yasada kararın tebliğinden söz edildiğine göre 10 günlük süre kararın tefhiminden değil tebliğinden itibaren başlar. İşçinin başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşveren bu sürenin sonuna kadar işçiyi işe başlatmaz ise ona “işe başlatmama tazminatı” diyebileceğimiz tazminatı ödemekle yükümlü olur. İşçinin işe iadesi, aynı işe ve aynı şartla da olması gerekirse de, aynı işe iade bazı nedenlerle mümkün olmayacak ise benzeri bir işe aynı şartlarla iadeye imkan tanınmalıdır fikrindeyim.

Yukarıda söylediğimiz gibi işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde işçiye ödeyeceği tazminat işçinin 4 aylık ücreti ile 8 aylık ücreti arasında değişen bir miktardır. İşe iade davası tespit niteliğinde bir hükümlerle sonuçlanacağından tazminata rakamsal miktar itibarıyla değil ay sayısı itibarıyla karar verilir. Yargıtay’a göre bunun miktarı fesih nedeninin önemine ve işçinin kıdeminin uzunluğuna göre takdir olunmalıdır. Uygulamada 5 yıla kadar kıdemde 4 aylık, 10 yıla kadar 6 aylık, 10 yıldan fazla kıdemi olan işçi için de 8 aylık ücret tutarında tazminata karar verilmektedir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 23.6.2005, E.18507, K.22533; 2.3.2005, E.1084, K.3101: Kazancı; 18.9.2006, E.20351, K.23438; 5.6.2006, E.11496, K.16238). İşe iade kararı verilen işçiye ayrıca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok 4 aya kadar doğmuş bulu-

nan ücret vs. hakları da ödenecektir (İş Kanunu md.21/3). İşçi işe başlatılırsa ve eğer ödenmişse ihbar ve kıdem tazminatları, boшта geçen süreye ilişkin ücret tutarından düşülür. İşçi işe başlatılmaz ise, bu ödemeler yapılmamışsa bu ödemelerin ayrıca yapılması gerekir.

Yargıtay, işçinin süresi içinde işveren işe iade için başvurmasına rağmen işe başlatılmaması halinde feshin işe başlatmama tarihinde gerçekleşmiş sayılacağı ve tazminatların ve boшта geçen ücret alacaklarının bu tarihteki ücrete göre hesaplanması gerektiğine hükmetmektedir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.2.2005, E.43, K.4089: İBD, 2005, Cilt.79, sayı 6, S.2167; 6.12.2004, E.28355, K.26161; 28.4.2005, E.886, K.14880: Kazancı; 22.6.2006, E.38631, K.18287). Bu sonuç işverenin iş sözleşmesini feshine rağmen sözleşmenin yürürlüğünü sürdürdüğü fakat işverenin işçiyi tekrar işe almadığı tarihe kadar askıda kaldığı varsayımına dayanır (Kılıçoğlu/Şenocak, 484).

Yargıtay, bir olayda kesinleşen işe iade kararı üzerine yasal süresi içinde işe alınması için işverene başvurduğu halde işverenin işbaşı yapma çağrısına olumsuz yanıt veren davacı işçinin işverenin davetine uyma mecburiyetinin bulunmadığına, bunun sözleşmenin işçi tarafından sona erdirilmesi anlamına da gelmeyeceğine fakat ortada yasal bir boşluk bulunduğuna ve bu boşluğun işçi lehine yorum ilkesinin yardımıyla İş Kanunu Md. 21/V hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulabileceğine, böylece sözleşmesi geçersiz bir nedenle fesholunan işçiye talep ettiği ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Karardan, bu işçiye 4 aylık boшта geçen süreye ilişkin ücretin ödenmeyeceği anlaşılmaktadır. Karar 1/4 oy çokluğu ile alınmış olup karşı oy yazısı yazan başkan üye, işçinin başvurusu ve işverenin işe davetiyle taraflar arasında yeniden kurulmuş varsayılan iş ilişkisini esaslı bir mazereti olmadığı halde işbaşı yapmayarak işçinin kendisinin feshetmiş sayılması ve bu durumda ihbar ve kıdem tazminatı ve boшта geçen 4 aylık ücret talebinin reddi gerektiği görüşündedir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.7.2005, E.20810, K.24800: İBD, c.80, sayı 6, 2006). Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin bu kararı bize isabetli görünmektedir. Zira işe yeniden alınma davetine uymayan işçi sözleşmeyi kendi feshetmiş sayılmaz. Bu davranış işçinin talebinden vazgeçtiği anlamına gelir ve işvereni işe iadeden kaynaklanan boшта geçen süreye ilişkin diğer borçlarından kurtarmış olur. Bu durumda işçi belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi nedeniyle sadece ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilir o kadar. Böylece bu durumda ortaya İş Kanunu md.21/5'de düzenlenen sonuca benzer bir sonuç doğar. Yoksa ortada ne boşluk vardır ne de bunun işçi lehine İş Kanunu md.21/5'in kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması gerekmektedir (Sonuç itibariyle benzer görüşte: M. Uçum, Karar incelemesi, LEGAL, YKİ, 2/2006, 177 vd.).

Yargıtay daha sonraki bir başka kararında işe iade çağrısına sebepsiz olarak olumsuz yanıt veren işçinin ne işe başlatmama tazminatı ne de boşta geçen süreye ilişkin ücreti isteyebileceğine oybirliği ile hükmetmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.12.2006, E.25024, K.32633).

Yargıtay bir başka kararında da işe iade kararı kesinleşmeden işçinin yaptığı işe iade başvurusunu geçersiz saymış ve bu durumda işçinin işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücretini isteyemeyeceğine hükmetmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.11.2006, E.11483, K.30849). Her iki karar da bize, Yasakoyucunun amacına uygun ve isabetli görünmektedir.

En çok dört aya kadar boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı giydirilmiş, son brüt ücret üzerinden, en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarındaki işe başlatmama tazminatı ise son brüt çıplak ücret üzerinden hesaplanır. Bu tazminatların sözleşmelerle değiştirilmesi (işçi lehine dahi olsa), ya da kaldırılması mümkün değildir (md. 21/son). İşe başlatmama tazminatı işe iade için 10 günlük sürede işverene başvuran işçinin bir ay içinde işe başlatılmaması, 4 aylık ücret vs. haklar ise işçinin işe iade için işveren başvurduğu anda muaccel olur. Dava tarihinden itibaren faize hükmedilemez (Yargıtay 8.7.2003, E.12442, K.13123: Kazancı). Bize göre davada talep varsa hem tazminat hem de ücret alacağına muacceliyet tarihinden itibaren faiz işletilmelidir (Tuncay, İş Güvencesi, 11).

Ekleyelim ki, işçinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri nedeniyle işten çıkarıldığıının tespiti halinde işe yeniden alınmama durumunda ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmayacaktır (Sendikalar Kanunu md.31/6). Aynı şekilde temsilcilik faaliyetleri nedeniyle işten çıkarılan işçi sendika işyeri temsilcisi ise işe yeniden alınmaması halinde ödenecek tazminat da bir yıllık ücret tutarından az olmayacaktır (Sendikalar Kanunu md.30/2). Şu kadarki, bu işçilerin iş güvencesinden yararlanabilmeleri için en az 6 aylık kıdeme sahip olmaları gerekir (Soyer, 68; Tuncay, Çimento İşveren, Ocak 2003, 16).

## **VIII. YARGITAYIN ORTAYA KOYDUĞU STANDARTLAR**

4773 sayılı kanunla hukuk sistemimize dahil edilen iş güvencesi konusunda Yargıtay'ımız çeşitli standartlar ya da ilkeler geliştirmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu standartları şöylece sıralayabiliriz:

- İşletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde fesih nedenlerinin açık, kesin ve somut olması aranmakta, yoksa ekonomik kriz, ta-

lep darlığı, olumsuz rekabet şartları gibi soyut ifadeler ve nedenler geçerli fesih için yeterli sayılmamaktadır.

- Kanunda yer almamakla birlikte “ultima ratio”(feshin son çare olması) ilkesine çok sıklıkla ve özellikle işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan fesihlerde başvuruluyor. İlkenin Yasakoyucunun amacını aşan biçimde çok abartılı önlemler getirilerek uygulandığı görüşümdedir. Ayrıca bu ilke uygulanırken her fırsatta işçi lehine yorum ilkesi gündeme getirilmekte ki bu ilke günümüzde herkesçe kabul edilen ve her fırsatta uygulanması gereken bir ilke değildir. Sınırları bulunmaktadır.

- İşletmenin zarar etmesi tek başına geçerli çıkarma nedeni oluşturmayacağı gibi, karlı olması da feshi geçersiz kılan neden değildir.

- Yüksek Mahkeme belirsiz süreli iş sözleşmesinin sadece ihbar ve kıdem tazminatı karşılığında karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesinin işçinin işe iade davası açma hakkından feragati anlamına gelmediği görüşündedir. Bu durumda ortada ikale değil, işverenin feshi vardır. Hele fesihden önce işe iade davasından feragat kesinlikle geçersizdir.

- İşletmesel kararlar yargı denetimine tabi değilse de bu kural bazen kağıt üzerinde kalmakta gibidir. Çünkü Yargıtay bazı işletmesel kararları dahi ultima ratio ilkesi uğruna yargılamaktadır.

- Fesih işlemi yazılı, fesih nedenleri açık ve kesin olmadıkça, işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle fesih işçinin savunması alınmadan yapılan fesihler geçersizdir.

- Yüksek Mahkeme fesih bildirimini imzalamaktan kaçınan işçiye fesih bildiriminin noter kanalı ile gönderilmesini geçerli fesih saymamıştır. Bu da temel hukuk kurallarına aykırıdır.

- Uygulamada eskiden olduğu gibi hemen her olayda bilirkişiye başvurma geleneği işe iade davalarında da devam etmektedir.

- İşçinin yetersizliği nedeniyle işten çıkarmalarda küçük işletmelerde değilse de büyük işletmelerde objektif ölçülere göre yapılan performans değerlendirme sistemi aranmaktadır.

- İşçinin davranışlarında olduğu kadar yetersizliği nedeniyle işten çıkarmalarda işçiye önceden ihtar verilmiş olması gerekmektedir.

- Yaşlılık aylığı almaya hak kazanma tek başına geçerli çıkarma nedeni sayılmasa da işyerinde genel ve objektif bir uygulama varsa geçerlidir. Ancak, işçinin işten çıkarıldıktan sonra feshi ihbar süresi içinde yaşlılık aylığı almak amacıyla Kuruma başvurması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmiş sayılması gerektiğine ve bu durumda işe iade davası açamayacağına dair Yargıtay görüşü isabetli değildir.

- Feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin davalar tespit davaları niteliğinde olduklarından, tespit kararları ilamlı icraya konu olmazlar. Dolayısıyla uygulamada tazminat ve alacak içeren kararlar ilamsız icra marifetiyle tahsil edilmektedir.

- Kararlar tespit kararları niteliğinde olduğundan işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süreye ilişkin ücret vs. alacakları hesaplanarak para olarak ilamda yer almamaktadırlar.

- İşe iadenin alternatifi olarak getirilen işe başlatmama tazminatının yüksekliği kıdemın yüksekliği ve fesih nedeninin ağırlığına göre belirlenmektedir. Yüksek Mahkeme 5 yıla kadar kıdemde 4 aylık, 10 yıla kadar kıdemde 6 aylık, 10 yıldan fazla kıdemde 8 aylık ücret tutarında tazminat uygulamaktadır.

- İşe başlatmama tazminatı son çıplak brüt ücrete göre, boшта geçen süreye ilişkin ücret vs. haklar giydirilmiş son brüt ücrete göre hesaplanmaktadır.

- Boшта geçen ücret vs. alacaklardan sigorta primi ve gelir vergisi kesintisi yapılması gerekirse de, işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilip kesilmeyeceği sorunu Yargıtay tarafından idari yargıya atılmış (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 9.5.2005.34211, K.13168: İBD.C, 80, sayı 6, 2006, 2707) olup bu sorun idare mahkemeleri ve Danıştay arasında tartışmalıdır. Ancak bunun vergi kesintisine tabi olması gerektiği ileri sürülmektedir (Ekmekçi/Uçum, Legal İş HSGHD, 2006/9, 41 vd.)

- 30 işçi ölçütünün tespitinde aynı işverenin aynı işkolundaki tüm işyerlerini hesaba katmak yasa buyruğu ise de bu ölçütü işletmenin yurt dışı işyerlerine yaymak yasanın açık ifadesine, yasakoyucunun iradesine ve yasaların mülkiliği (ülkeselliği) ilkesine ters düşer.

- İş güvencesi hükümlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'na ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tabi işçiler yararlanmakta olup 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi işçilerle ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun bir ayrımcılık olduğu ve 158 sayılı Sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu düşünüyoruz.

## **IX. SONUÇLAR**

Önce 4773 sayılı sonra da 4857 sayılı kanunlarla getirilen iş güvencesi ve işe iade davalarının çalışma yaşamı ve yargılama sistemi üzerindeki etkilerini ve sonuçlarını şöyle özetleyebiliriz:

- İş güvencesi işçinin sendikalaşma eğilimini azaltmaktadır.

- İşini kaybeden hemen herkes işe iade davası açarak şansını denemektedir.

- Böylelikle iş mahkemelerinin ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin iş yükü çok artmıştır. Bu da gereksiz iş ve zaman kaybına yol açmakta fakat avukatlara yeni kazanç kapısı sağlamaktadır.

-Yargıtay yasayı çok katı uygulamakta ve açılan hemen her işe iade davası kabulde sonuçlanmaktadır.

- Davaların çok büyük çoğunluğu işletmeler aleyhine sonuçlanmakla birlikte işe geri dönen işçi sayısı çok azdır. Bu sonuç işsizliğin önlenmesine yardımcı olmamaktadır.

- Bu sonuç ayrıca davacı işçiler için ihbar ve kıdem tazminatları yanında ekstra bir tazminat alma fırsatı yaratmaktadır.

- Fazladan tazminat alabileceğini düşünen birçok çalışanın kendilerini işten attırma çabasına girdikleri gözlenmektedir.

- Bunun bir diğer sonucu olarak işletmelerin işgücü maliyeti artmakta ve iş güvencesi hukuğu bir tür tazminat hukukuna dönüşmektedir.

- Tazminat ödemek zorunda kalan işletmeler bunu satış fiyatlarına yansıtmak zorunda kalmaktadırlar.

- İş güvencesi kapsamı dışında kalma çabası işletmeleri işçi sayısını 30'un altında tutma çabasına itmekte bu da bir ölçüde işsizliğe neden olmaktadır.

-Alman hukukçuları Brox/Rüthers ve Hennisler'in (Nr. 482-487) Almanya'daki işçiyi feshe karşı koruma ile ilgili 1951 tarihli yasa ve uygulaması hakkında yazdıkları şu sözler çok düşündürücüdür. Aynen çeviriyorum: *"Feshe karşı koruma hukuku dağınık ve zor anlaşılır şekilde düzenlenmiştir. Bu konuda Ascheid, Preis, Schmidt ve Becker tarafından yazılan iki büyük Şerh, 44 değişik yasayı ele alan toplam 3.300 sayfadan oluşmaktadır. Ağırlıkları 2 kiloyu geçmektedir. Yasanın getirisi ve götürüsü göz önünde tutulduğunda ekonomi ile uygulama arasında mantıklı bir ilişki kurulamadığı görülmektedir. 2002 yılında Almanya'da 300.000 işe iade davası açılmıştır. Bu da iş mahkemelerinin yükünü anormal arttırmakta, iş avukatlarına ise önemli gelir kaynağı yaratmaktadır. Davaların büyük kısmı ilk derece mahkemelerinde bitirilmekte, ancak işe iade yerine önemli tazminatlara hükmedilmektedir. Öyleki feshe karşı işçiyi koruma hukuku, işçiye tazminat ödenmesi hukukuna dönüşmüştür. Oysa uluslararası ekonomik rekabet artık ulusal ekonomik düzende işçilerin işyerleri üzerinde uzun süreli bir iş güvencesine sahip olmalarını çoğunlukla imkânsız kılmaktadır. Bugün uygulanmakta olan sistem yani iş güvencesini yargı yoluyla sağlama sistemi, gereksiz zaman, emek ve para israfına yol açmaktadır. Yüzlerce, binlerce iş hakimi, avukat, iş hukuku profesörü, uzman sendika sekreteri bu alanda çaba göstermektedir. Bu durum işsizliğin azalmasına yaramamaktadır. İşçiyi feshe karşı koruma hukuku BAG (Federal Alman İş Mahkemesi) tarafından yasa koyucunun iradesinin istemediği bir yöne kaydırılmıştır. Öyle ki 1951 tarihli Feshe Karşı Koruma Yasası BAG'nin abartılı içtihatlarına kurban edilmiştir. BAG yasa koyucunun fesihlerde keyfîlik kontrolü yapılması isteğini yerine getirmek uğruna yasada öngörülmemiş olan bir ilkeyi, ultima ratio (feshin son çare olması) ilkesini geliştirmiştir. Almanya'da öyle bir aşamaya gelinmiştir ki bir iş akdini fesih çok zor hale gelmiş, çok zaman alır olmuştur. Bu durum kişinin yetersizliği ve davranışlarından ileri gelen fesihlerde daha da barizdir. İş akdinin feshe karşı üst düzey korunması, işi yasa koyucunun hiç arzu etmediği bir noktaya götürmüştür. Öyle ki bugün iş akdini feshetmek evlilik bağına feshetmekten (boşanmadan) daha zordur. Bu durum iş piyasasına da olumsuz yansımakta ve küçük ve orta ölçekli işletmeler yeni işçi almaktan çekindiklerinden işsizlik azalmamaktadır".*

Kanımcıca bir ülkede önemli olan işçinin iş güvencesini, işletmelerde iş olanaklarını hukuki engeller getirerek sağlamak değil, yatırım ve girişim olanaklarını artırarak (bürokrasiyi, vergileri, primleri azaltarak) iş olanaklarını artırmaktır. Böylelikle ülkenin rekabet gücü artar, rekabet

gücü artan ülkede işsizlik azalır. Ekonomi iş güvencesini arttırmakla güçlenmez. Sonuç olarak dünyanın 3. büyük ekonomisine ve en büyük dış ticaret fazlasına sahip, GSMH'si Türkiye'nin 30 katı olan Almanya'nın iş güvencesi hukuku Türkiye'nin iş güvencesi hukuku için örnek alınmamalıydı.

**Av. Barbaros Çağa:** Sayın Tuncay'a teşekkür ediyoruz. Gayet uzun bir konuyu vaktini fazla aşmadan topladılar. Şimdi diğer konuşmacılarımızdan, Sayın Can Tuncay'ın ileri sürdükleri konular ile ilgili olarak kendilerinin eklemek istedikleri veya katılmadıkları hususları rica edeceğiz.

Efendim biz Prof. Dr. Can Tuncay'ı tanıtmaya ihtiyacı hissetmedik, diğer arkadaşlarımızın da aslında buna ihtiyacı yok ama ben gene ihtiyaten tanıtayım. Sol tarafımda, bu konularda deneyim sahibi avukat meslektaşımız Sayın Cengiz Özbilgin, daha solda da onların içinde yoğrulmakta bulunan genç arkadaşımız Avukat Sayın Mehmet Uçum, en sağda ise emekli hakimimiz Sayın Hakkı Aktaş var, kendileri kürsüden indikten sonra koridorda avukatlık mesleği ile devam ediyorlar. Sayın Aktaş'ın bir özelliği de var onu da belirtmeden geçmeyeceğim, yargıçlarımız arasında pek de fazla karşılaşılan bir husus değil, kendisi hukuk doktorudur ve doktorasını Fransa'da Poitiers Üniversitesi'nde yapmıştır. Dar ölçütlerin dışına çıkamamak, olaylara dar açıdan bakmak uygulamada bir problem olarak karşımıza çıkıyor. Kıvançla Sayın Aktaş'a bu açıdan da burada teşekkür etmek isterim. Hakimliği sırasında bu dar ölçütler içinde kalmadı. Ama şunu isterdik ki, değişen yeni İş Kanunu sırasında da yargıçlığı devam etseydi ve Yargıtay'ımızın biraz önce Sayın Tuncay'ın zikrettiği kararları karşısındaki tepkisi bir yargıç olarak ne olurdu, onu görebilseydik....

Sözü şimdi Sayın Cengiz Özbilgin'e bırakıyorum.

**Av. Cengiz Özbilgin:** Sayın konuklar, Prof. Dr. Can Tuncay gelişmeler, yasal düzenlemeler ve bu konudaki uygulamalar hakkında kendi çalışma alanı kapsamında ve akademik kimliği içinde bilgilendirmelerde bulundu. Ben iş hukuku alanında aşağı yukarı 40 senedir çalışıyorum. Konuya ne şekilde baktığım ya da bakılması gerektiği konusundaki şahsi fikrimi özetleyeceğim.

İş Hukuku, sanayi devriminden sonra gelişen bir hukuk dalı olup, sermaye birikimi sonrası işçi sınıfının oluşması, işçi-işveren arasında kavgaların ortaya çıkması ve bunların bir düzenleme gerektirdiği görüşü ile devletin müdahalesi sonucu doğmuştur. Buradaki menfaat dengesi



çerçevesinde konunun değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyim. Seminerin açılış konuşmasında İş Hukukundaki gelişmelere ve yasalara, istihdam güvencesi ve istihdamı artırmak açısından bakıldı. Ancak ben, İş Hukukundaki gelişmelere daha genel bir anlamda bakılması lazım gerektiği düşüncesindeyim.

Meslek hayatıma başladığımdan itibaren, İş Kanunu 4 defa değişti. 3008, 931, 1475 ve şimdi 4857'deyiz. Biraz evvel Can Tuncay'ın da dediği gibi 1475 sayılı yasa biraz katıydı, daha çok işçi lehine hükümler vardı, 4857'de işletme lehine bazı hükümler dâhil edilerek dengelenmeye çalışıldı. Ama yine de gelişmelerden anlaşılıyor ki kıta Avrupa'sından, onu takip etmemize rağmen hala daha gerideyiz. Bizim daha yeni yeni yerleştirdiğimiz, şu anda tartıştığımız iş güvencesi hususu kıta Avrupa'sında yerini başka müesseselere terk ediyor. Bizde neden gerçekleşmiyor? Mesela bizde bir ara sendika içi demokrasi çok gelişti hatta 4857 tasarısında da bununla ilgili bazı hükümler vardı ama bunlar geçmedi. Neden geçmedi? Tabii burada hukuk anlayışı yatıyor. Hukuk sadece yasa değil, yani normatif hükümler değil, hukukun bir mütearife (ak-siyom, belit) olarak bilinçaltında yatması lazım.

Somuta indirgersek, Medeni Kanunda da ifadesi bulunduğu gibi hakların kullanılması sırasında objektif iyi niyet kurallarına uymamız lazım. Bu açıdan, geçerli nedenlerde de aynı şeyi tartışabiliriz. Can Tuncay'ın dediği gibi Yargıtay kararlarında bir takım kabul edilir ya da edilmeyen şeyler var ama bence spesifik olaylar üzerinde durmaktansa genel bir bakış açısı ile her olayı kendine özgü değerlendirmenin daha faydalı olduğunu ve uygulamada da bu şekilde hareket edilmesi gerektiğini, genelleme yapmamak gerektiğini düşünüyorum. O yönden, somut olayların derinliğine inildiğinde ortaya başka şeyler çıkabiliyor. Çünkü biz Yargıtay kararlarını okurken sadece kısa kararı görürüz (maalesef şunu da söyleyeyim ki, Yargıtay kararlarımız da fazla gerekçeli değil) ama kararlar somut olay açısından değerlendirildiğinde ortaya başka şeyler çıkıyor. Onun için tüm bu olguları objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde bakarak çözebileceğimizi düşünüyorum. Geçerli neden kavramı, çok kısa olarak bahsetmek gerekirse, aslında işçinin sadakat borcunun, iş sözleşmesinden doğan borcunun ihlali halinde işçinin şahsından kaynaklanan yeterlilik bakımından ortaya çıkıyor. İşçinin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışının haklı feshi gerektirmeyecek derecede ancak işyeri disiplinini ve taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyecek bir boyuta gelmesi halinde bir geçerli nedenden söz edebileceğimizi anlıyorum ve böyle görüyorum.

Uygulama ile ilgili olarak, geçerli nedenle ve haklı nedenle fesih konusunda iyi niyet kuralları tekrar döneceğim. Birçok olayda geçerli nedenin getirdiği şekil şartları var. Geçerli neden-

de işçinin savunmasını alacaksınız, yazılı bildirim yapacaksınız, bunu tebliğ edeceksiniz. Bu şekil şartlarından kaçmak için uygulamada bazı işverenler 25. maddeye göre fesih ettim diyor. Çünkü 25. maddeye göre fesih yaptığınız zaman onun geçerli neden tartışması ileride oluyor ve bütün bu şekil şartlarından kurtulmuş oluyorsunuz. Şimdi uygulamada 18. maddeye göre böyle geçerli nedenle yapılmış, uzun gerekçeler taşıyan fesih bildirimini ben pek görmüyorum. Tabii bunlar neye sebep oluyor? Bunlar da uyuşmazlıkların artması ve uyuşmazlıkların uzun sürede çözülmesi sonucunu doğuruyor. Halbuki 18. maddeye göre geçerli feshi yazılı şekil şartına uyararak yaptığınız zaman, gösterdiğiniz fesih nedenine bağlısınız ve onu ispatlayacaksınız. Ama 25. maddeye göre feshettim ben dersiniz, örneğin işçi bir arkadaşıyla kavga etti, geçimsizlik yaptı, sataştı dediğiniz anda bitti, şahitler devreye giriyor, o veya bu devreye giriyor. Bu bakımdan kanunların uygulanmasındaki bakış açısında iyi niyet kurallarına uymak gereğini tekrar tekrar söylemek istiyorum.

Aynı olay şurada da var, işçi işe iade kararı alıyor, halbuki işe başlama niyeti yok tazminatın peşinde koşuyor, işverene iş başvurusunda bulunuyor. Bunun tersi de oluyor, işverenin de işe başlatmaya niyeti yok, ama işçiyi çağırıyor. O zaman Yargıtay şunu arıyor, söz konusu durum iyi niyet kuralına uygun mu? Yani işçinin işe başlama iradesi var mı, işverenin de işe başlatma iradesi samimi olarak var mı? Öyle olaylar var ki işçi askere gitmiş, işe başlamamak için başvuruda bulunuyor. İşveren gel diyor, gidemiyor ben şimdi askerdeyim askerden sonra gelirim diyor. Yani bunlar uyuşmazlığa dönmüş ihtilaflar. Onun için bu kararların uygulanmasında, olayı bu çerçevede değerlendirmek lazım. Başka bir örnek; işveren işçiyi işe başlatıyor, ya masasını değiştiriyor, ya telefonunu kesiyor, ya bilgisayarını bozuyor, yani samimi işe başlatma iradesi yok. Bir de şu var, bunu karıştırmamak lazım; işveren samimi olarak işe başlatabilir de iş şartlarını değiştirme gerçekleşebilir. Yani 22. madde düzenlemesi araya girer. Buradaki ince nokta; bu durumda ne kadar süre çalışılırsa işe iade kabul edilmiş olur, yani işe iade koşulları gerçekleşmiş olur? Bunlar da yaşadığımız olaylar. İşçi geliyor benim masamı değiştirdiler veya sıfatımı, statümü değiştirdiler, ben genel müdür yardımcısı iken beni aldılar yan tarafa şef yaptılar ve ben burada ne kadar süre çalışırsam işe iadeyi kabul etmiş olurum yani işe iade koşulları gerçekleşmiş olur diye soruyor. Bunlar da yaşadığımız olaylar ve ihtilaf konuları. İşte burada mahkemelerin aradığı iyi niyetle işe başlama prosedürü gerçekleşmekte midir ve bu 15 günlük çalışma makul bir süre midir, işe iadenin sonuçlarına mı bağlı yoksa yeni bir fesih midir? Yani iş şartlarının başkalaşması mıdır? 22. maddenin uygulanması mıdır? Bu sorular önem kazanıyor. Örneğin, işe iade başvurusu 10 işgünü içinde yapılacak. Burada işçi açısından Yargıtay, noterden işyerine ihtarname ile başvuruyu göndermiş olmasını yeterli buluyor yani teb-

liğ edilmesini aramıyor, yani işverene 10 günden sonra da ulaşmış olsa geçerli bir başvurudur diyor. Buna mukabil fesih ve diğer konularda işveren açısından olan olaylarda yenilik doğuran irade beyanıdır onun için muhakkak karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğurur diyor ve o yasal süre içinde tebliğ şartını arıyor. Burada ilginç olanı, başvuru için, işçi nasılsa notere vermiş diyerek ulaşmış olma şartını aramıyor ama işveren söz konusu olduğunda aksi görüş ile ulaşma şartını arıyor.

Bir de şimdi uygulamada rastladığım, ilginizi çekeceğini tahmin ettiğim bir konuyu sizlerle paylaşmak istiyorum. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların işe iadeden yararlanma hakları yok. Onun için belirli süreli iş sözleşmeleri, son dönemde özellikle 4857 sayılı yasadan sonra çok gündeme geldi. Her gelen belirli sözleşmeye, öncelikle bu bir belirli sözleşme midir, değil midir, yani süre var ama o yasanın aradığı objektif neden var mı yok mu diye bakılıyor. Birçok olayda veya kararda görüyoruz ki, gerçekten belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren bir objektif neden olmamasına rağmen, sözleşmenin belirli süreli olmasının işe iade talep hakkını ortadan kaldırmayacağı görüşüyle verilmiş kararlar veya uygulamalar var. Bunu da aklıma gelmişken ilginizi çeker diye söylemiş olayım.

Bir de en son Sayın Can Tuncay'ın bahsettiği olaylarla ilgili bir şey söylemek istiyorum. İşe iade kararı var, işçi işe başlama başvurusunda bulunuyor, işveren gel diyor, her şey normal şartlarda geliyor. Ama işçi gelip işe başlamıyor. Şimdi bu durumda Yargıtay, burada iş sözleşmesi feshedilmiştir ama eski fesih de geçersiz sayılmıştır, işverenin haklı olmadığı ortaya çıkmıştır, kişi kıdem, ihbar tazminatını ve dört aylığını o şartlara göre alsın diyor. İşe iade kararı vermekle, bildiğimiz kadarıyla, fesih işlemi geçersiz sayılıyor, iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi devam ediyor. Nereye kadar? Başvuruyu da yaptı, işe başlarsa devam edecek. Şimdi bu durumda işe başlamayan yani başvuru yapmasına rağmen işe başlamayan işçi ne olur? Burada artık bir devamsızlık olgusu var. İş sözleşmesi bu tarihte bitmiştir. Artık siz geçersiz sayılan fesih işlemine göre ihbar, kıdem tazminatı ödeme yolunu seçerseniz o zaman bu aradaki bütün iş güvencesi, bütün bu yaşanan vetireyi (süreç) yok saymış olursunuz. Bilmiyorum, bu da yine acaba işçi lehine düşüncenin bir ürünü mü ama işçi kendini korur, bu kadar da çok korunmaya muhtaç değildir diye düşünüyorum. Çünkü dava açmış, davayı kazanmış, gelip işe başlama başvurusu yapıyor. Nedir kaybedeceği o başvuruyu yapmasa? 4 aylık tazminatını kaybedecektir ve bu 4 aylık tazminatını kaybetmeme uğruna bunu yaptıysa ve gerçekten de işe başlamama durumundaysa o zaman geçmiş dönemdeki kıdem tazminatını da yakabileceğini düşünerek bu başvuruyu yapması lazım.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Bir açıklama yapmak istiyorum. Benim görüşüme göre işe başlama başvurusundan sonra gel başla denen işçi, işe başlamaz ise gene kıdem ve ihbar tazminatını muhafaza edecek ama 4 aylığı alamayacaktır.

**Av. Cengiz Özbilgin:** Ben tümüyle yanar görüşündeyim. Zira yargı kararı ile işverence yapılan feshin geçersiz sayılması iş ilişkisinin taraflar arasında devam ettiği sonucunu doğurur, işçinin süresi içinde yaptığı başvuru iş ilişkisinin devamını amaçladığını gösteren bir irade beyanı olup, başvuruda bulunan işçinin işverenin davetine uymayarak işe başlamaması iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir neden olmaksızın feshi anlamını taşıyacağından veya böyle bir durumda işverence devamsızlık olgusuna dayalı olarak yapılacak yeni bir fesih bildirimini İş Kanunu 25/II-g bendine dayalı haklı fesih bildirimini sonucunu doğuracağından davacı işçinin ihbar-kıdem tazminatı talep hakkı olamayacağı sonucuna varılacaktır.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Yargıtay kararındaki karşı oydan farklı düşünüyorum eğer karşı oyu doğru anlayabildiysem... Bana göre fesih geçersizdir, fakat sanki 21. maddenin 5. fıkrasındaki hükmün burada uygulanması lazım. Her ne kadar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Osman Güven Çankaya uygulanmaz diyor ise de geçersiz feshin sonuçları uygulanacaktır bence.

**Av. Cengiz Özbilgin:** Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum, bir sorunuz olursa cevaplamaya gayret ederim.

**Av. Barbaros Çağa:** Çok teşekkür ederiz Sayın Özbilgin. Şimdi Sayın Mehmet Uçum'dan görüşlerini rica edelim.

**Av. Mehmet Uçum:** Teşekkür ederim sayın başkan. Ben özellikle 2 nokta üzerinde durmak istiyorum. Birincisi ikale, ikincisi çağrıldığı halde işe başlamayan işçinin hukuki durumu. Son-  
dan başlayayım: Çağrıldığı halde işe başlamayan işçinin hukuki durumuna ilişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin son kararı, çoğunlukla verildi (Başkan muhalif kaldı) ve kararı aynen şöyle; işçi işe iade davası kesinleştikten sonra eğer işe başvuru yapmazsa son durumda da aynı hukuki sonuç doğar. Başvuru olmayınca İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasında fesih geçerli fesih kabul edilir ve geçerli feshin sonuçları neyse işçinin talep hakkı da onlarla sınırlı olur. Bu ne demektir? Eğer haklı nedenle fesih yapılmış ve işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmemiş olursa, sonucu itibarı ile işe iade davasını kazanıp ama işe başvurmayan işçi kıdem ve ihbar tazminatını talep etme hakkına sahip olur. 21. maddenin 5. fıkrasının sonucu bu. Ancak

çağrıldığı halde işe başlamayan işçiye ilişkin yasada bir düzenleme yok. Buna ilişkin de Yargıtay'ın bulunduğu çözüm, sonucu itibariyle madde 21 fıkra 5 ile aynı çözüm, işe iade kararı kesinleştikten sonra işe başvurmayan, buna uymayan işçi de aynı hukuka sahip olacak sonucuna varıldı. Dolayısıyla, anılan kararda ayrıca dört aylık boшта geçen ücret ve diğer hakları da alır diye bir hüküm yok. Oradaki tartışma esas itibariyle işe iadenin sonucuna göre iş sözleşmesinin baştan itibaren hiç fesih edilmemiş mi sayılacağı yoksa iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak ihya mı edileceği sorunudur. Temel tartışma buradan ortaya çıkıyor. Benim görüşüm geçmişe etkili ihya görüşüdür. Çünkü işe iade kararının verilmesiyle birlikte, baştan itibaren sözleşme hiç feshedilmemiş sayılır görüşünü benimser isek, o zaman yasal düzenlemenin sonucuna göre işçinin işe başvurusuyla işverenin işe başlatması zorunluluk haline gelirdi. Oysa, işe iade sistemimizde işverene verilmiş bir seçimlik yetki var.

İşe iade kararı iki tane borç oluşturuyor. Bu borçlardan birisi işverenin işçiyi işe başlatması, diğeri gene işverenin ihtiyarına kalmış olarak işe başlatma yerine işe başlatmama tazminatını ödemesi. Dolayısıyla, işe iade kararı doğrudan iş sözleşmesini devreye sokan bir sonuç doğurmadığı için, taraf davranışlarına göre ihya edilip edilmeyeceği ortaya çıktığı için geçmişe etkili bir ihyadan söz etmek gerekiyor. Bu durumda da işverenin iki borcu; bir işe başlatma borcu, bir de işe başlatma borcu yerine işe başlatmama tazminatını seçme borcu var. Yani seçimlik yetki var. Buna öğretide seçim hakkı da diyorlar ama ben borca ilişkin seçimlik yetki kavramının daha doğru olduğunu düşünüyorum. Böyle bir sistem içerisinde işçinin başvurusunun anlamı; sayın işveren sen bu borçlarından birini seç, ya beni işe başlat veya işe başlatmıyorsan işe başlatmama tazminatını ver demektir. Dolayısıyla, bu başvurunun hukuki sonucu işvereni borçlarından birini seçme ve seçtiği borcu yerine getirme yükü altına sokmaktır. Bu nedenle ve geçmişe etkili ihya yüzünden Borçlar Kanununun irade beyanı kurallarını somut işe iadenin sonuçlarına göre uygulamak son derece güçtür. İşveren bu borçlardan birini seçti ve işçiyi işe çağırdı. “Evet, ben seni işe başlatma borcumu seçtim. Gel başla dedim” diye davette bulunduğu anda, işçi gitmezse bunun hukuki sonucu ne olur? İşvereni bu borçtan kurtarmak olur. Dolayısıyla, aynı zamanda işe iadenin diğer sonucu olan dört aylık ücret ve diğer haklara ilişkin borçtan da kurtarmış olur. Bunun doğal sonucu olarak da, hiç işe başvurmamış işçi gibi geçerli feshin sonuçlarına göre (eğer daha önce ödenmemişse) ilk fesih tarihindeki süre ve ücret esas alınarak ancak süre yönünden hak kazanılmışsa kıdem ve her halükarda ihbar tazminatı talep edebilir. Çoğunluk görüşünde gerekçeler tam da böyle olmamakla birlikte, sonucu itibariyle ben de çoğunluk görüşüne Sayın Can Tuncay gibi katılıyorum. Ama muhalefet şerhinde deniyor ki, burada irade beyanı kurallarının devreye girmesi gerekir. Aynı icap ve kabuldeki gibi

işçinin başvurusu bir icaptır. İşverenin çağrısı bir kabuldür. İşverenin çağrısından sonra artık sözleşme devreye girmiştir. Artık işçinin gitmemesi ya devamsızlık nedeniyle işverenin feshine sebebiyet verebilir veya işçinin eylemleri feshi olarak nitelendirilebilir diye görüşler de var. Ama anlattığım sistem içerisinde bence Yargıtay'ın verdiği karar, gerekçelerinde belli hatalar olsa bile ya da katılmadığım yanları olsa bile, sonucu itibariyle doğrudur.

İkale biliyorsunuz, çift taraflı bir sözleşmenin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesidir. Biz İş Hukuku kitaplarının tümünü açtığımızda görürüz ki, iş sözleşmesinin sona erme yöntemlerinden birisi olarak tarafların anlaşması her kitapta yer alır. Kural olarak İş Hukuku uygulamasında da ikale geçerlidir. Bunun tersini söylemek mümkün değildir. Sonucu itibariyle, Borçlar Kanununun kurum ve kuralları İş Hukukunun yapısına uygun olduğu ölçüde İş Hukukunda uygulanır ve İş Kanununa göre Borçlar Kanunu zaten genel kanundur. İkalenin İş Hukuku uygulamasında geçerli koşullarına baktığımızda, Yargıtay'ın verdiği kararlardan yola çıkarak birtakım sonuçlara varmak mümkündür. Özellikle şunu vurgulayayım, ben Sayın Can Tuncay ile aynı görüşte değilim. Yargıtay işçinin talebi üzerine işverenin yaptığı feshi geçerlilik tanıdı. Ancak, bu ikale değil. Uygulamada ikale ile karıştırılan birçok konu var. Bunlardan birisi de, işçinin talebi üzerine işverenin yaptığı fesih. İkale tarafların anlaşmasıyla herhangi bir fesih iradesi olmaksızın sözleşmenin ortadan kaldırılmasıdır. Dolayısıyla, işçinin talebiyle işverenin yaptığı fesihde de yine bir işveren feshi var. Orada dava işverenin fesih yapmadığı gerekçesiyle reddedilmedi. Tam tersine, dava işverenin yaptığı fesih işçinin talebiyle ve sonradan verdiği onayla olduğu için reddedildi. Dolayısıyla, ikale benzeri olarak kabul edilir ama bence asla ikale olmayacak hallerden birisidir. Yani işçinin talebi üzerine işverenin feshi asla ikale değildir. İkincisi, işverenin feshine işçinin onay vermesidir, böyle bir karar da geçti. İşverenin feshine işçinin onay verdiği durumlara da Yargıtay geçerlilik tanıdı ama bu da ikale değil. Gene ortada bir fesih var. Üçüncüsü, işçinin istifasının uygun bulunması; Yargıtay, burada anlaşarak bir fesih vardır görüşünü benimsemedi. Gerçekten de kabul edilmesi mümkün değil. İş Hukukunda istifa kurumu yok biliyorsunuz. İş Hukukunda işçinin istifası demek, sonuçta, işçi tarafından yapılan fesih demektir. Neden göstermeksizin yaptığı bir fesih bu. Eğer ihbar süresine uymuyorsa usulsüz fesih. Bir de üstüne üstlük işverene ihbar tazminatı ödemek yükümlülüğü altındadır.

Uygulamada işveren tarafında bazen insan kaynaklarından arkadaşlarımız ya da ilgili yöneticiler nedense oraya istifa uygundur diye bir ibare yazmayı bir gereklilik olarak görüyorlar. Hiçbir hukuki değeri yoktur. Ama uygulamada bu kafa karıştırıyor. İstifa uygundur ibaresi yaz-

dığınızda ne çıkabilir? Acaba işçiyi ihbar yükümlülüğünden kurtardık mı? Birincisi bu. İkincisi, bu anlaşmalı bir feshi mi gitti? Hiç birisi değil. Hatta Yargıtay bir karar vermiş, diyor ki, istifa uygundur diye yazan, işçi alma ve çıkarmaya yetkisi olmayan bir kişi olduğundan yazılanın hukuki bir değeri yoktur. Bence buna gitmeye bile gerek yok. İstifa iradesi ortaya konulduğu andan itibaren sözleşme işçi tarafından feshedilmiştir. Ondan sonra yazılan çizilenlerin hukuki bir değeri ve etkisi söz konusu değildir. Dolayısıyla, bunun ikale olarak kabul edilmesi mümkün değil. Bir başka durum; taraflardan herhangi birisinin yaptığı fesihden sonra, feshin sonuçlarına ilişkin yapılmış sulh anlaşmaları da ikale değildir. Çünkü ikale için, unutmamak gerekir ki iş sözleşmesinin aktif ve devrede olması lazım. İş sözleşmesi devredeyken, taraflar bir araya gelecek, o sözleşmenin sona ermesine ilişkin bir sona erme anlaşması yapacaklar ve o sona erme anlaşmasıyla da o iş sözleşmesi derhal veya belirlenmiş süre sonunda ortadan kalkacak. Dolayısıyla, fesihden sonra yapılan sulh anlaşmaları da ikale değildir.

Biliyorsunuz, bizim sistemimizde esas itibariyle ibranameler bir Usul Hukuku belgesi olarak kullanılır. Yani bir ispat aracı olarak kullanılır. Oysa, ibra bir sözleşmedir, çift taraflı yapılıdır. Taraflardan birisinin diğerini borçtan kurtarmasıdır. Bizim pozitif kurallarımızda ibraya ilişkin bir dayanak yok ama Usul Kanununda ibra kavramı geçer. İş Hukukunda kullandığımız ibraname, esas itibariyle senet delili fonksiyonunu kazanmış durumda. Düşünün, ödeme yapılıyor, ibra belgesi alınıyor. Aslında ödemeye dayalı bir ibra belgesi ibra sözleşmesi mantığına, borçtan kurtarma mantığına aykırıdır. Biz uygulamada bunu senet delili olarak kullanıyoruz. Yargıtay da miktar içermeyen ve irade sakatlıkları taşımayan alacakların tek tek sayıldığı ibranameler geçerlidir dedi. Sorunu bu şekilde kapattı. Fesihden sonra ibraname düzenlenmiş olması da, hatta bu ibranamenin bir ibra sözleşmesi biçiminde düzenlenmiş olması da ikale değildir.

Ayrıca borç tasfiye sözleşmeleri; yani ibraname ve sulh niteliğinde olmayan ancak bir borcu çeşitli ödeme yöntemleri ile sona erdiren sözleşmeler. İş Hukukunda kullanıldığını görüyoruz. Sulh nedir? Sonuçta, tarafların, çekişmenin taraflarının belli konularda belli tavizler vererek bir çekişmeyi ortadan kaldırmalarıdır. Tasfiye sözleşmesi ise, tam tersine, taraflardan birinin ya da her ikisinin haklarının tam olarak belirlendiği, herhangi bir taviz verilmediği ve onların nasıl karşılanacağını saptandığı çift taraflı bir sözleşme. Bu da ikale değildir.

Özet olarak ikale, iş sözleşmesinin taraflarının, iş sözleşmesi henüz yürürlükte iken, o sözleşmenin derhal ya da belirli bir süre sonunda ve belli koşullarla ortadan kalkmasını düzenledikleri bir sona erme sözleşmesidir. Uygulamada buna fesih sözleşmesi diyorlar. Öğretide fe-

sih bozucu sözleşme de diyorlar. Bu terimlerde fesih ibaresi geçtiği için tartışmalı kavramlar. Bu nedenle sona erme sözleşmesi kavramını kullanmak daha doğrudur. Dikkat edilecek hususlar nelerdir? Yargıtay'ın kararlarına da bakarak değerlendirelim. Yargıtay anlaşma ile sona erdiği iddia edilen bir iş sözleşmesine ilişkin açılan işe iade davasında İŞKUR'a işten ayrılma bildirgesi veren işverenin İş Kanunu madde 17 ve 18'i dayanak göstermesini o anlaşmayı sakatlayan bir hal olarak kabul etti. Belirtelim ki anlaşmayla iş sözleşmesi ortadan kalkarsa, işten ayrılma bildirgesi vermek zorunluluğunuz yok. Çünkü işten ayrılma bildirgesi verme zorunluluğu, işsizlik ödeneği gerektiren hallerde söz konusudur. Takip edenler hatırlarlar. İşsizlik Sigortası Kanunu ilk çıktığında 3 nolu tebliğ ile İŞKUR işten ayrılma bildirgesini her türlü fesih halinde gündeme getirmişti. Vermeyene idari para cezası uygulayacağım diyordu. Biz bir toplantıda o dönemdeki İŞKUR Genel Müdürü Necdet Kenar ile bunu konuştuk. Sonuçta idari para cezası gerektiren haller, işçinin işsizlik sigortasından yararlanmasını sağlayacak işten ayrılma bildirgesinin verilmediği hallerdir diye görüşümüzü belirttik. Bunun üzerine İŞKUR'un 4 nolu tebliği çıktı. İşten ayrılma bildirgesi verilme zorunluluğu sadece işsizlik sigortasından yararlanma imkanı veren hallere münhasır kılındı. Onun dışında yine de işverenlere denildi ki, isterse niz ihtiyari olarak diğer ayrılma hallerinde de işten ayrılma bildirgesi verebilirsiniz. İŞKUR neden bunu istedi? İstatistik için istedi. Anlaşma suretiyle iş sözleşmesinin ortadan kalktığı hallerde işçi işsizlik sigortasından yararlanamaz. Çünkü İşsizlik Sigortası Kanununda buna ilişkin düzenleme yok. Bu nedenle işten ayrılma bildirgesi verme zorunluluğu da yoktur. Eğer istenirse, ihtiyari olarak verilirse o zaman da madde 17, 18 yazılmayacaktır. Tarafların anlaşmasıyla sona erme ibaresi işten ayrılma bildirgesine yazılacaktır. Dolayısıyla, Yargıtay'ın verdiği karar son derece isabetlidir. Çünkü bir yandan tarafların anlaşması olduğunu ileri sürüp öte yandan işverenin feshini gösteren işten ayrılma bildirgesi vermek "savunmanın çelişmezliği" ilkesine aykırıdır. Yargıtay'ın katılmadığı kararı ise, anlaşma suretiyle sona erme iddiasının olduğu ancak, işçiye kıdem ve ihbar tazminatının ödendiği bir olayla ilgili. Yargıtay burada, mealen söylüyorum, çelişmezlik ilkesine aykırılık bulmuş, "Eğer anlaşma suretiyle sözleşme ortadan kaldırılmış ise, işçinin kıdem ve ihbar tazminatı kazanması söz konusu değildir. Dolayısıyla, kıdem ve ihbar tazminatı ödediğinizde, bu işverenin yaptığı fesih sayılır" deyip, işe iade davasına bakmış. Bunu isabetli bulmuyorum. Çünkü siz ikale yoluyla da iş sözleşmesini ortadan kaldırdığınızda, o sona ermenin koşullarını belirlerken, kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesini kararlaştırabilirsiniz. Ya da kıdem ve ihbar tazminatı tutarında bir ödeme kararlaştırabilirsiniz. Buna engel bir durum da yok. Dolayısıyla, gidenler belki bilir, benim katılmadığım Galatasaray Üniversitesi'ndeki toplantıda Yargıtay 9. Dairesi Başkanı Osman Güven Çankaya o kararın ayrıksı bir karar olduğunu, tarafların iradelerinin anlaşma yolunda olduğuna inandığımız durumlarda



kıdem ve ihbar tazminatı ödense bile biz bunu ikale sayacağız diye beyanda bulunduğunu öğrenmiş olduk. Umarım bu görüş içtihata dönüşür. Ben burada keseyim. Diğer örnekleri sorularla vermeye çalışayım. İlginiz için çok teşekkür ederim.

**Av. Barbaros Çağa:** Çok teşekkür ederiz Sayın Uçum. Şimdi Sayın Hakkı Aktaş'a söz veriyoruz.

**Av. Hakkı Aktaş:** Birçok yönü olan bu konuya nasıl başlamak lazım? 2-3 sene evvel hakimliği bıraktım. 2-3 sene evvelki sorunumuz açılan davalarda ihbar ve kıdem tazminatını nasıl kabul edelim idi. Yani mahkemeye bir olay geldiği zaman, ilk baştaki düşüncemiz, memur nasıl emekli ikramiyesini alıyor ise, işten çıkarılan işçi de mümkün olduğunca kıdem tazminatını alabilsin şeklindeydi. Onun için de yaptığımız yorumların hemen hemen % 80'i işçi yararına tescilli ediyordu. Çok belirgin bir kasıt varsa, kavga varsa, işçi işverenin malını tahrip etmişse yani çok belirgin hallerde ancak kıdem tazminatı alınamayacağına karar vererek ve davayı reddederek olayı bitiriyorduk. Ama %80 eğilimimiz kıdem tazminatını kabul edelim yolundaydı. Biz bunu böyle kabul ederken dış dünyada farklı gelişmeler vardı. ILO 158 sayılı sözleşmeyi birçok ülke, bazı ülkeler onamak suretiyle, bazı ülkeler de onamadan önce mevzuatlarını direktiflere uydurmak suretiyle işçiyi koruyucu hükümler getirmişlerdi. Mesela 158 sayılı sözleşmeyi 33 ülke imzalamış, uyguluyor. Bunlar arasında Fransa, İspanya, Portekiz ve İsveç'i gelişmiş ülkeler olarak görüyorum. Diğer çoğunluğu gelişmemiş ülkeler. Mesela Nabibya, mesela Nijer, mesela Uganda çok mükemmel kanunlar yaparak, herhalde sorunu çözüyorlar gibi geliyor. Bir şey daha ekleyeyim. ILO'nun normları, uluslararası normlar olup, siyasi rejimlere bağlı olmaksızın hemen her ülkede çalışma standardını kurmuştur. Yani komünist Sovyet Rusya zamanında da ILO'ya üyelik vardı. Kapitalist ülkenin de üyeliği vardı ve ILO normları her ülkede de mevzuata etkiliydi ve uygulanıyordu. Almanya için 1951-1952 tarihinde endüstri kanunlarında işe iade sorunu yer alıyordu sanıyorum. İşe iadeyi sanayi sektöründe öyle halletmişlerdi. Ama daha sonra 90 ve 100.000 toplu iş sözleşmesi ile sorunu çözdüklerini söylüyorlar, ILO anlaşmasını imzalamaksızın. Bizde görüyorum ki, tartışmalar çok daha farklı şekilde cereyan ediyor. Mesela, ILO'nun normuna baktığınız zaman, iş güvencesi işverenin iş akdini feshine tanınmıştır. Bunu ILO yetkililerinin kendileri de çalışmalarında söylüyorlar. Eğer gerçek irade ile anlaşma var ise, yani iş akdi işçi ve işverenin gerçek iradesini gösteren anlaşma ile sona ermişse iş güvencesi mevzuatının uygulanmayacağını ILO'nun kendi kaynakları ifade ediyor (Etude d'ensemble, 1995, Protection contre le licenciement injustifié, ilolex, No: 19). Ben de bu kaynaklardan durumu size iletiyorum. Hocamın söylediği şeylere ekleyecek çok şey yok.

Gerçekten bana göre çok güzel özetledi. Çok güzel satır başlarıyla vurguladı. Birçok bakımdan hocamın görüşlerini benimsiyorum. Ufak bazı eklemelerde bulunacağım.

İş akdinin işçi tarafından feshi temel hakkının kullanılması sayılmıştır. Yani iş akdini işçi feshediyor ise, temel hak ve hürriyetini kullanmış sayılıyor. Yani işgücünü temel hakkına bağlı olarak koruyor ama işveren bakımından iş akdinin feshi bir temel hak şeklinde görülüyor. Onun için de işverenin iş akdinin feshini engelleyecek çözümler aranmıştır. Feshin bir başka bağımsız organın takdirine bağlı bulunması gerekiyor: İş güvencesinde iş akdini işveren feshediyor ama bu fesih bir başka bağımsız bir organın takdiriyle evet geçerlidir ya da hayır geçersizdir şekline dönüşüyor. İşverenin burada, aktif fesihte, bir irade serbestisi bulunduğunu söyleyemeyiz. Yani belki irade serbestisi var, fesheder ama sonuçlarına da katlanır.

Sendikal üyelik ve sendikal faaliyetler değil de, işyeri sendika temsilciliği diye kanun bazı hallerde akdi feshi yasak etmiştir. Bu nedenlerle akdi feshedemezsin. Bunun bir tanesi sendikal neden. Bir tanesi işyeri sendika temsilciliği. Sözleşme (158 sayılı ILO Sözleşmesi) işyeri sendika temsilciliği demiyor. Sözleşme, işçiyi temsil görevinde bulunma, isteme, böyle bir talepte bulunma ifadelerine yer veriyor. Biz işçi temsilciliği ile ilgili 1971 tarihli sözleşmeyi kabul etmediğimizden işyeri sendika temsilciliği denmiş ve işyeri sendika temsilciliği sanki sendikal faaliyet değilmiş gibi mükerrer bir vurgulamaya neden olmaktadır. Irk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler demişler. O benzeri nedenleri 111 sayılı sözleşme iş ve meslek ile ilgili ayrıcalıkları daha ayrıntılı şekilde ulusal veya sosyal menşe nedeniyle ayırım yapılamayacak şeklinde düzenlemiş. Benzeri nedenler değil, onu 111 nolu sözleşmedeki ulusal veya sosyal menşe nedeniyle akdi feshetme şeklinde saymak bence uygun olur. Siyasi görüş konusunda yine ILO kaynakları bize diyor ki, siyasi görüş barışçıl şekilde beyan edilmeli, barışçıl olmayan şekilde beyan edilirse herhalde geçerli neden oluşturur. İşe devamsızlık acaba ailesel bağlarla mı ilgili? Mesela hakimliğim sırasında da çok dava gelirdi. 2-3 gün devamsızlık; 25'nci madde diyor ki, iki gün işe gelmeme iş akdini fesih nedenidir. Gelmemesi haklı ise durum ne olacaktır? Mesela, çoğunlukla "Düğüne gittim, evlendim, kardeşim evlendi" derlerdi. Burada ailesel nedenlerle bozamama acaba haklı nedenle devamsızlık haline de uygulanabilir mi? Tartışmaya açık bir konu gibi görünüyor. Kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek, acaba 6 aylık izinde, nasıl değerlendirilir? Yine 16 hafta ile ilgili olarak ILO'nun 3 ve 103 nolu sözleşmeleri var. Bizim mevzuat 16 hafta izin demiş. 16 hafta dışında, 6 aylık da izin var. O süre içinde acaba feshedilir mi? Ben feshedilemeyeceği düşüncesindeyim. Yani izin vermiştir, bir de izinli sürede bir geçerli neden ile-

ri sürülemeyeceği düşüncesindeyim. Emeklilikle ilgili sorun ILO'nun 166 nolu tavsiye kararından çıkıyor. O mevzuat da tartışıldı orada. Sanıyorum, normal emeklilik yaşında emekli aylığı alabilecekse bir de ona kıdem tazminatı vererek iş akdinin feshedilmesini ben şahsen uygun buluyorum. Ben bunu geçerli neden sayıyorum. Türkiye gibi işgücünün, genç nüfusun yoğun olduğu bir ülkede, işçi eğer emekliye ayrılıp da, gençler için kadroları boşaltacaksa buna imkân verilmesi gerektiğini düşünüyorum. Askerlik, medeni sorunlar ve emeklilik ILO'nun tavsiye kararı ile belirlenmiş hususlardır. Askerlikte, bizde biliyorsunuz 31'nci madde 2 ay demiş. Onun dışında herhangi bir şey söylememiştir.

Başka ekleyeceğim konu, en az 30 kişi kavramı üzerine. ILO sanıyorum hükümetten bu konuda ne yapıldığı hakkında bilgi istemiştir. İş güvencesinin geçerli olabilmesi için gereken 30 işçi sınırı konusunda, eksperler komisyonu bunun sözleşme kapsamını çok daralttığı görüşünü beyan etmişlerdir. Yani sözleşmeyi çok dar bir alana uyguluyorsunuz diyorlar. Bunun ile ilgili olarak Devrimci İşçi Sendikalarının bir şikayeti var mıdır, bilemiyorum. Onun görüşlerine dayanarak söylüyorum ama Mecliste de bu husus tartışıldı. Biliyorsunuz önce, 10 işçi idi. 10 işçi sayısı bir önerge verilerek, 30 işçi haline geldi. O önergenin tartışılması sırasında bunun % 95'e yakın işyerini kapsam dışı bıraktığı söylendi. Rakamlar var ama (TBMM. Tutanak Dergisi, Meral, 07.05.2003 75. Birleşim) o kadar kapsam dışı olduğunu ben şahsen düşünmüyorum. Ama doğrusu rakamları da teyit etmedim. Yalnız yasal mevzuat ILO'nun 158 sayılı sözleşmesinde yer alan hükümleri uygulamaya koymuştur. ILO sözleşme hükümlerine eşdeğer korumanın nasıl sağlanacağı hakkında hükümetten rapor istemiştir. Mevzuatımıza göre sınır sözleşmenin 2/5 maddesindeki işyerinin kapasitesi nazara alınarak konulmuştur. ILO Komisyonu sözleşme 2/6 bendine göre bilgi istemektedir (CEACR: Observation individuelle concernant la Convention n° 158, Licenciement, 1982 Turquie (ratification: 1995) Publication: 2005 ).

Sayın Can Tuncay en az altı aylık kıdeme değindi. Burada sürekli mi olur, süre kesintili olabilir mi? Mesela Fransızlar kesintili çalışmayı kabul etmiyor. Diyor ki, sürenin kesintisiz olması lazım. Oysa bizim uygulamamızda altı aylık süre kesintili de olsa kabul ediliyor.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi konusunu da tartışmaya açmak isterim. İş Kanunu'nun 25'nci maddesine göre iş akdi haklı nedenle feshedilirken, sözleşmenin süresi belirli olsun olmasın, işe iade edilebiliyor sonuçta. Yani belirli süreli bir sözleşme yaptınız. Sürenin yarısında işveren sözleşmeyi feshetti. 25'nci maddedeki haklı nedeninin de geçerli neden olup olmadığı tartışmasını açmak mümkün. Sözleşme de belirli. Öbür taraftan yasa ancak belirsiz süreli iş sözleş-

mesi için güvence var diyor. Çelişki nasıl giderilir? Ben kesin bir sonuca ulaşamadım. Belki tartışmaya açmak faydalı olur. İş sözleşmesini işveren bozmuş olmalıdır. Taşeron ilişkisi vardır. Çok yoğun bir şekilde yaşanıyor. İşçi taşeron işçisi midir, asıl işverenin işçisi midir? Kim sözleşmeyi feshedecektir? Bence ilişki eğer gerçek bir ilişkiyse, muvazaaya dayalı bir ilişki değilse taşeron onun asıl işverenidir. Asıl işvereni derken, tabir yanlış olmasın. İşvereni taşerondur. Dolayısıyla, davayı taşerona karşı açmalı. Ama eğer muvazaa varsa, bu defa taşerona dava açmamalı ve asıl işvereni işveren olarak göstermelidir. Yeterli davranışlar için herhangi bir eklemem olmayacak. Soru cevap çıkarsa farklı şeylerde de konuşuruz. Söyleyeceklerim bunlardan ibarettir. Çok teşekkür ederim.

**Av. Barbaros Çağa:** Sayın Hakkı Aktaş'a özellikle şu açıdan teşekkür etmek istiyorum. Kürsüden olayların nasıl görüldüğü hakkında bize ışık tuttu. Yaklaşım şeklini daha net gösterdi. Çünkü avukat arkadaşların yaklaşımı ile akademisyen yaklaşımı arasında aşikâr bir farklılık var. Hepimiz bunu fark ettik.

Sayın Tuncay'ın bize bir vaadi var. Dediler ki, konuşmalar bitsin, Yargıtay'ın kararları üzerinde biraz daha durup bu kararlardan çıkacak ilkeleri belirlemek istiyorum. Merakla bekliyoruz çıkaracakları ilkeleri. Şimdiden teşekkür ederiz.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Teşekkür ederim Sayın Çağa. 2002 yılında hukuk sistemimize ilk defa giren iş güvencesi konusunda, Yargıtay bugüne kadar verdiği kararlarda birtakım standartlar yerleştirmiş. Bu standartları tespit edebildiğim kadarıyla size söyleyeceğim. Ondan sonra bunlardan bir sonuç çıkaracağım, bir değerlendirme yapacağım.

1. İşletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, fesih nedenlerinin açık, kesin ve somut olması aranıyor. Yoksa ekonomik kriz, talep darlığı, olumsuz rekabet şartları gibi soyut ifadeler geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiyor. Ekonomik kriz nedeniyle çıkarttım. Hayır diyor. Nedir? Ekonomik krizden nasıl etkilendin? Bu konuda somut ifadeler olacak.

2. Kanunda yer almamakla beraber, "ultima ratio" ilkesi yani feshe en son çare olarak başvurulması ilkesi çok sıklıkla ve özellikle işletmesel kararla, işletmesel nedenlerde uygulanıyor. Oysa, bu ilke Almanya'da hem işçinin yeterliliğinden, davranışlarından doğan nedenlerde, hem de işletmesel nedenlerde uygulanıyor. Bizde çokluk işletmeye ilişkin nedenlerde kullanı-

lıyor ve yasa koyucunun amacını aşar bir biçimde çok abartılı olarak uygulandığı görülmekte ve her fırsatta işçi lehine yorum ilkesi gündeme getiriliyor. Bunun ben pek doğru bir yöntem olduğu kanısında değilim.

3. İşletmenin zarar etmesi tek başına geçerli neden olmaz. Karlı olması da feshi geçersiz kılan bir neden değildir. Yüksek Mahkeme belirsiz süreli iş sözleşmesinin sadece ihbar ve kıdem tazminatı karşılığında, karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi halinde işçinin iade davası açma hakkından feragati tazannum etmediği (ikrar etmediği/rıza göstermediği) yani bu anlamın çıkartılamayacağı görüşünde. Sadece ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi karşılığında sözleşme ortadan kaldırılmışsa karşılıklı olarak, bu işverenin feshinden başka bir şey değildir diyor. Bu çok tartışma götürür bir şey. O zaman ikale nedir? Hata, hile, ikrah, iradeyi fesada uğratan sebepler varsa, o başka. Ama sırf işçiyi korumak uğruna burada ikaleyi geçerli saymamak bence tartışma yaratır.

4. İşletmesel kararlar yargı denetimine tabi değil. Bu prensip Almanya'da böyle, bizde de böyle. Ama biraz evvel dediğim gibi, çoğu yerde o denli yaygın şekilde "ultima ratio" ilkesi uygulanıyor ki, işletmesel kararın özüne dokunur hale geliyor.

5. Yazılı fesih nedenleri açık ve kesin olmadıkça işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle fesihte işçinin savunması alınmadan yapılan fesihler geçersiz. Hiç kuşku yok bunda. Yüksek Mahkeme fesih bildirimini imzalamaktan kaçınan işçiye, fesih bildirimini noter kanalıyla gönderilmesini geçerli fesih saymamış. Ben bunu anlamadım. Ben fesih bildirimini noter kanalıyla gönderdim, onu geçerli saymıyor. Bu benim kabul edebileceğim bir çözüm değil.

6. Uygulamada eskiden olduğu gibi hemen her olayda bilirkişiye başvurma geleneği işe iade davalarında da yaygın bir şekilde devam etmekte. Bazı öyle davalar var ki, bilirkişiye gitmeye gerek yok ama gene de bilirkişiye gidiliyor. Orada bir hata var gibi geliyor. Bunların çabuk bitmesi lazım.

7. İşçinin yetersizliği nedeniyle işten çıkartmalarda küçük işletmelerde değilse de, büyük işletmelerde objektif ölçülere göre yapılan performans değerlendirme sistemi aranmakta.

8. İşçinin davranışlarından olduğu kadar, yetersizliği nedeniyle işten çıkartmalarda işçiye önceden ihtar verilmesi gerekli. Şahsi sicil dosyasında ihtarların bulunmasında yarar var. Bu ihtarların da dışı dokunur şekilde olması, mesela söz konusu davranışınızı düzeltmediğiniz tak-

dirde birlikteliğimiz devam etmeyecektir gibi bir uyarı olması lazım. Yoksa tebliğimde söylediğim gibi “şunu yapmadın, kınıyorum” gibi uyarılar yeterli değil.

9. Yaşlılık aylığı almaya hak kazanma tek başına geçerli çıkartma nedeni sayılmasa da, eğer o yerde bir yönetmelik var ve objektif bir şekilde uygulanıyorsa ve belli bir yaşa gelmeyi, emekli yaşına ulaşmayı çıkartma nedeni sayıyorsa bu geçerlidir.

10. Yargıtay’ın oy çokluğu ile verilmiş birkaç tane bence hatalı kararı var. İşçinin işten çıkarıldıktan sonra yaşlılık aylığı almak amacıyla kuruma başvurması halinde (ve bu esnada ihbar öneli de çalışıyor) işçinin sözleşmeyi kendisinin feshettiği şeklinde yorumlamakta Yargıtay. İşçiyi işten çıkartıyor, işçi de gidip yaşlılık aylığı bağlanması için bir an evvel kuruma başvuruyor ve bu esnada ihbar ve kıdem tazminatlarını da alıyor. O zaman Yargıtay diyor ki, işçi kendisi hizmet akdine son verdi. Bunu kabul etmem mümkün değil. Belli bir yaşa geldikten sonra işten çıkarılan işçi aç mı kalacak? İşçi bu durumda bir an evvel yaşlılık aylığına kavuşmak istemiş. Bunu tersine yorumlamak bence hatalı ve bu kararlar iki tane karşı oy yazısıyla alınmış. Yani çok tartışılan bir karar niteliğinde.

11. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin davalar tespit davaları niteliğinde olduklarından tespit kararları ilamlı icraya konu olmamaktalar. Ancak, ilamsız icra yoluyla bunlar tahsil edilebilmekte. Bu da ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmakta.

12. İşe iadenin alternatifi olan tazminatların yüksekliği kıdeme göre ve fesih nedeninin ağırlığına göre belirlenmekte. Aşağı yukarı bir tarife getirdi Yargıtay. Benim tespitlerime göre, işçinin kıdemi 5 yıla kadarsa 4 aylık, on yıla kadarsa 6 aylık, 10 yıldan fazlaysa 8 aylık tazminat tutarı uygulanmakta. İşe başlatmama tazminatı son çıplak brüt ücrete göre boşta geçen süreye ilişkin ücrete, giydirilmiş son brüt ücrete göre hesaplanmakta, ki bu doğrudur.

13. Vergi ve prim kesilmesi konusunu daha önce söyledim. 30 işçi ölçütünün uygulanmasında yurtdışındaki işyerlerini hesaba katmak bana göre hatalı. Kanunların mülkiliği ilkesine ters düşmekte.

Son olarak, madem iş güvencesine peki dedik, niye Deniz İş Kanununa göre çalışanlar bunun dışında tutuldu? Onu anlamak mümkün değil. Bunu 158 sayılı ILO sözleşmesine aykırı buluyorum.

Sonuçlara gelince: İş güvencesi sistemi sendikalaşma eğilimini azaltmaktadır. Burada dinleyiciler arasında değerli meslektaşım Hüseyin Ekmekçioğlu var. Türk-İş'in hukuk danışmanı. O da kafasını salladı. İşini kaybeden hemen herkes işe iade davası açmakta. Böyle bir şey işyerlerinde kendini attırmaya yönelik davranışları ateşlemekte. "Ben bu işten çıkmak istiyorum. Kendimi işten attırayım. İşe iade davası açıp, oradan da tazminat alırım. Başka işi de ayarladım" gibi bir eğilim içine giriliyor. İş mahkemelerinin ve Yargıtay 9'ncü Hukuk Dairesinin iş yükü çok artmış vaziyette. Bu da gereksiz iş ve zaman kaybına yol açmakta. Yargıtay'daki işlerin % 50'sinin işe iade, diğer % 50'sinin diğer konularla ilgili olduğu söyleniyor. Şu anda 40.000 dosyaya ulaşılmış. Demek 20.000 dosya işe iade ile ilgili. Davaların çok büyük çoğunluğu işletmeler aleyhine sonuçlanmakta ve işe geri dönen sayısı da oldukça azdır. Bu da işsizliğin önlenmesine ne derece yardımcı olmakta, o da ayrıca sorgulanmalı.

İşe iade davaları, işten çıkartılan işçilere ihbar ve kıdem tazminatları yanında ayrıca bir başka tazminat fırsatı yaratmakta. Bence işletmelerin tazminat yükü artınca, işgücü maliyeti artmakta ve işe iade davaları bir tür tazminat hukukuna dönüşmektedir. Biraz sonra size okuyacağım bir pasaj var bu konuyla ilgili. İş güvencesi kapsamı dışında kalma çabası, işletmeleri işçi sayısını 30'un altında tutma çabasına itmekte. Bu da bir ölçüde işsizliğe neden olmakta. Kanımca, bir ülkede önemli olan işçinin iş güvencesini işletmelere birtakım hukuki engeller getirerek sağlamak değil. Yatırım ve girişim olanaklarını arttırarak, bürokrasiyi, vergileri, primleri azaltarak iş olanaklarını arttırmaktır. Yani iş olanaklarını arttırmakla iş güvencesi sağlanır. Böylece ülkenin rekabet gücü artar, işsizlik azalır. Bence iş güvencesinde Almanya modelinin esas alınması pek doğru bir çözüm olmamıştır. Dokuz kişilik bilim heyetinde çalışanların büyük kısmının Almanca bilmesi ister istemez Alman modelinin benimsenmesine yol açtı. Ama Almanya, Türkiye'nin on katı GSMH'ye sahip olan ve dünyanın üçüncü büyük ekonomisine sahip bir ülke. Böyle bir ülkenin kaldırabildiği veya kaldıramadığı bir sistemi kabul etmek hatalı oldu gibi. İş güvencesine evet ama abartılı iş güvencesine hayır.

**Av. Barbaros Çağa:** İstihdam yoluyla yeterli olanak sağlanırsa iş güvencesine gerek yoktur mu demek istiyorsunuz?

**Prof. Dr. Can Tuncay:** İş güvencesine gerek yoktur demek istemiyorum ama iş güvencesi bu denli abartılı olmayabilir demek istiyorum. Çünkü bugün Avrupa'da iş güvencesinden bir uzaklaşma söz konusu ve iş güvencesinden uzaklaşıldığı ölçüde iş olanakları artmakta.

**Av. Barbaros Çağa:** Şöyle sorabilir miyim acaba Sayın Tuncay? Biraz önce bu konudan bahsettiniz. Almanya, İş Hukukunun en sert uygulandığı ülkelerden biri ve bu durumun Almanya'nın bir ara ekonomik sıkıntıya girmesinde rolü olmuş mudur ki bugün bir ferahlama görüyoruz? Acaba iş güvencesinin hafifletilmesinin bu ferahlamaya bir katkısı var mı?

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Evet olmuştur. Bugün Almanya'da iş güvencesinin hafifletilmesi Alman ekonomisinin son bir yılda müthiş bir yükselişe ulaşmasına yol açmıştır. Economist dergisine göre, Almanya, şu anda dünyadaki en büyük ticaret fazlasına sahip olan ülke durumundadır. Çin bile ondan sonra geliyor. Şu anda Almanya ekonomide son derece iyi gidiyor. Bunda iş güvencesinin esnekleştirilmiş olmasının etkili olduğunu düşünüyorum. 2002 yılı itibariyle yazılan bir pasajı size okumak istiyorum. Üç tane Alman profesörü ve aynı zamanda ikisi de iş mahkemesi hakiminin kitaplarından aldığım bir alıntı: "Feshe karşı koruma hukuku dağınık ve zor anlaşılır bir şekilde düzenlenmiştir (Alman hukuku için). Bu konuda Ascheid, Preis, Schmidt ve Becker tarafından yazılan iki büyük şerh -ki 44 değişik yasayı 3.300 sayfa içinde inceliyorlar, ağırlıkları da iki kiloyu geçiyor- burada bir istihza var: "Yasanın getirisi ve götürüsü göz önünde tutulduğunda, ekonomi ile uygulama arasında mantıklı bir ilişki kurulamadığı görülmekte. 2002 yılında Almanya'da 300.000 işe iade davası açılmıştır. Bu da iş mahkemelerinin yükünü anormal arttırmakta. Davaların büyük kısmı ilk derece mahkemelerinde bitirilmekte ancak, işe iade yerine önemli tazminatlara hükmedilmektedir. Öyle ki, feshe karşı işçiyi koruma hukuku işçiye tazminat ödenmesi hukukuna dönüşmüştür. Oysa, uluslararası ekonomik rekabet artık ulusal ekonomik düzende işçilerin işyerleri üzerinde uzun süreli bir iş güvencesine sahip olmalarını çoğunlukla imkansız kılmaktadır. Bugün uygulanmakta olan sistem yani iş güvencesini yargı yoluyla sağlama sistemi gereksiz zaman, emek ve para israfına yol açmaktadır. Yüzlerce, binlerce iş hakimi, avukat, iş hukuku profesörü, uzman sendika sekreteri bu alanda çaba göstermektedir. Bu durum işsizliğin azalmasına yaramamaktadır. İşçiyi feshe karşı koruma hukuku, -burası çok çarpıcı-, BAG yani Federal Alman İş Mahkemesi tarafından yasa koyucunun iradesinin istemediği bir yöne kaydırılmıştır. Öyle ki, 1951 tarihli feshe karşı koruma yasası BAG'nin abartılı içtihatlarına kurban edilmiştir. BAG, yasa koyucunun fesihlerde keyfilik kontrolü yapılması isteğini yerine getirmek uğruna, yasadaki öngörülmemiş olan bir ilkeyi, "ultima ratio" ilkesini geliştirmiştir. Almanya'da öyle bir aşamaya gelinmiştir ki, bir iş akdinin feshi zor hale gelmiş ve çok zaman alır olmuştur. Bugün iş akdini feshetmek evlilik bağına feshetmekten daha zor hale gelmiştir. Bu durum iş piyasasına olumsuz yansımaktadır. Küçük ve orta ölçekli işletmeleri yeni işçi almaktan çekinmeye, kaçınmaya zorlamaktadır". Bu saptamalar çok çarpıcı. Buradan bir hisse çıkartalım diye söyledim. Teşekkür ederim.



**Av. Barbaros Çağa:** Biz teşekkür ediyoruz. Müsaadenizle Sayın Tuncay'a bir hususu tekrar ettirmek istiyorum. Almanya'daki okuduğunuz kitapta şöyle bir iddia vardı; yargı mercileri, kanunu da aşarak sert bir yorumla neticede ekonominin zararına bir durumun gelişmesine sebep oldular diye. Aynı şeyi acaba bizim ülkemizde de görebiliyor musunuz? İlla ki Avrupa'da yapılan düzenlemeleri devralmanın ardından aynı hataları yapıp, aynı kötü sonuçlara vardıktan sonra hatadan dönmek yerine, kestirmeden acaba doğru sonuca varmamız daha yerinde olmaz mı?

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Ben işveren değilim ama işverenlerden gelen belli bir sıkıntı, bir şikayet olduğunu biliyorum. "İşe iade davaları hiç bizim lehimize sonuçlanmayacak mı? Ne yapabiliriz bu konuda?" diye soruyorlar. Ben kendimden bir örnek vereyim. Mesleki hayatımda iki tane işe iade davası aldım. Bir tanesi kendisini kıramayacağım bir tanıdığın, eski bir öğrencimin bir yakınıydı. Çok arzu etti dava açılmasını, beni işten çıkardılar lütfen davamı siz alır mısınız dedi. Ben davaya baktım. Bölüm kapanmış vs. Yani orada işletme nedeni var. Kazanmamız zor dedim ama ısrar etti. Kendisini kıramadım. Savundum ve ben davayı kazandım. Şaşırdım da sonuca. Başka bir davada, danışmanı olduğum bir Amerikan şirketinde, işçinin geçerli nedenle çıkarılması gerekiyordu. Sorunu ince eledik sık dokuduk, kişinin artık çıkartılması gerektiği; tüm ihtarlar, performans değerlendirmeleri mevcuttu. Fakat hiç bir işe yaramamıştı. Ağzımızla kuş tuttuk yine olmadı. Mahkeme işe iadeye karar verdi. Bu iki örnek size bir şeyler anlatıyor olmalı.

**Av. Barbaros Çağa:** Sayın Tuncay'a teşekkür edeceğim. Yalnız kendisinin avukatlığı az yaptığı belli oluyor bu beyanlarıyla. Avukatlıkla yoğun uğraşan arkadaşlarımız için gayet normal bir durum gibi geliyor bana. Kazanacağına inandığımız davayı kaybetmek ve kaybedilecek davayı da kazanmak esastır zaten. Tekrar teşekkür ediyoruz.

**Av. Hakkı Aktaş:** Burada eski bir hakim olarak söze girmem gerektiğini hissediyorum. Elbette, mahkemeleri hep beraber eleştirelim. Ama evvela iş yükünün ağırlığı bir mazeret değil. İkincisi, haklı fesih durumunu ortadan kaldırıp, geçerli fesihe geçtik. 25'nci madde artık çalışmıyor. Artık herşey geçerli fesih şeklinde. Meseleler biraz ağırsa 25'nci madde, hafifse geçerli neden sayılarak iş görülüyor. Peki, işverenlerin hiç kabahati yok mu? Sonuçta orada da bazı hatalar görüyorum. İş akdini feshedenler de işçilerdir. Bu sözümün altını çiziyorum. Yani bir işçi gidip bir başka işçinin savunmasını alıyor. Bir mühendis gidip diyor ki, "Ben bu işçiyle çalışmak istemiyorum". Sonuçta, işçinin iş akdini de işçiler feshederken biraz da acaba nasıl feshederiz de iade olmaz şeklinde yapmacık davranışlara giriliyor. Bu yapmacıklıklar da belirgin olduğu zaman ve yargıdaki iş yüküyle birleşince böyle kararlar çıkabiliyor.

Bir uyarı mı sayarsınız bilemiyorum ama ILO 158 sayılı sözleşme Avrupa'da sorgulanıyor. Özellikle, Fransızlar SAT 1, SAT 2 gibi füze ile ilgili sorunlarda işyerinin iş kolunda rekabetini koruması amacıyla yaptığı fesihleri geçerli fesih saymıştır. Bunu da eklemek istiyorum. Rekabeti korumak nedeniyle tazminatların verilerek iş akdinin feshedilmesini, işe son verilmesini Fransız Yargıtay'ı geçerli nedenle fesih saymıştır. Biraz daha dikkatli davranmamız gerektiğine inanıyorum. Her konuda yargıya vurmamanın iyi olacağını düşünüyorum. Teşekkür ederim.

**Av. Barbaros Çağa:** Sayın Aktaş'a tekrar teşekkür ediyoruz. Şimdi sorular bölümüne geçiyoruz.

SORU VE CEVAP



**Av. Barbaros Çağa:** Bir hususu hatırlatmak istiyorum. Biliyoruz, hepimizin başında somut bir olay var; konferansa bu kadar geniş katılım da bunu gösteriyor. Ama lütfen doğrudan bunlar hakkında soru sormayalım, hukuki ortamımızda kalalım, bizim bu olayımızda yarğının ne sonuca varması gerekir gibi bir yaklaşımla konuşmacılarımızı zor durumda bırakmanızı rica edeceğim. Derdest olan bir davaya da müdahale etmemiş oluruz bu şekilde.

**Soru - Yorum:** Ben bütün konuşmacılara her şeyden önce verdikleri değerli bilgiler için teşekkür etmek istiyorum. Biraz önce Sayın Mehmet Uçum Galatasaray Üniversitesi'ndeki toplantıya atıfta bulundular. Ben de o toplantıda bulunduğum için ikale ile ilgili kısa bir bilgi vermek istiyorum. 9'ncü Hukuk Daire Başkanımız Sayın Osman Güven Çankaya, orada ikale ile ilgili bir açıklamada bulundu. İ kale sözleşmesinin geçerli olduğunu, ikale sözleşmesinin içeriğinde ihbar tazminatı verilmeyip, kıdem tazminatından bahsedilebileceğini, hatta iş güvencesi bedelinin de bu ikale sözleşmesinde yer alabileceğini ve hata-hile gibi iradeyi sakatlayan nedenler yoksa bu sözleşmenin geçerli olacağını orada beyan etti kendisi. İ kale sözleşmesine işe iade davası açılmaz diye bir hüküm konulması halinde bunun da geçersiz olacağını orada belirtti. Sayın Cengiz Özbilgin biraz önce bazı işverenlerin, işe iade davası açılmasın diye 25'nci maddeye göre iş sözleşmelerini feshettiklerini söyledi ama 25'nci maddeye göre iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde bile işe iade davası açılmasına engel bir durum söz konusu değil.

**Av. Cengiz Özbilgin:** Bir düzeltme yapabilir miyim? Şekil şartından kaçmak için, işe iade davasından kurtulmak için 25'nci maddeye göre fesih yapıyorlar.

**Soru - Yorum:** Ama neticeden kurtulmak mümkün olmuyor.

**Av. Cengiz Özbilgin:** O başka ama şekil yönünden gidecek bir davayı uzatıyor, uzun süreye yayıyor. Onu söylemek istedim.

**Soru - Yorum:** Hakkı Aktaş'a bir soru sormak istiyorum. Çünkü biraz önce alt işverenlerden söz ettiniz. Alt işveren işçisi işe iade davasını kendi işverenine karşı açıyor. Bu işe iade davasını kazanıp, işe iade olmadığı takdirde tazminatlarla ilgili olarak işçi, asıl işverene bir dava açabilir mi?

**Av. Hakkı Aktaş:** Her ikisine belki birlikte dava açılabilir. İşe iade kabul edilmediği takdirde, her ikisine de tazminattan sorumlu şekilde davanın açılabileceğini düşünüyorum. Ama işçi, işverenler bunlardır diye belirlemeli ve ona göre davasını açmalı.

**Soru - Yorum:** İşe iade davası açıldıktan sonra dava sırasında davadan feragat edilebiliyor. Bu geçerli. Ama işe iade davası açılmadan önce bir aylık süre içerisinde işçi dava açmaktan feragat ederse bu geçerli midir?

**Av. Hakkı Aktaş:** Bence bir aylık süre içindeki feragat geçerli değildir. Ama sonraki feragat, dava açıldığı sıradaki feragat geçerlidir diye düşünüyorum. Yani kesin bir hükmün sonuçlarını doğurur. “Feragat nedeniyle davanın reddine” denilir denilmez o bile tartışılır ama dava ederken feragat var ise, o feragat geçerlidir bence. Ondan önceki feragatin geçerliliğini düşünmüyorum.

**Soru - Yorum:** Sayın Aktaş Yargıtay’da 40.000 dava dosyası var dedi. Geçenlerde bölge mahkemelerinin kurulması ile ilgili Resmi Gazete’de bir kanun çıktı. Bundan sonra o konuda ne olacak, istinaf mahkemeleri bu yoğunluğu azaltacak mı veya uygulama ne şekilde olacak?

**Av. Hakkı Aktaş:** Bu konu ile ilgili benim de kesin bir bilgim yok.

**Soru - Yorum:** Ben tüm konuşmacılara teşekkür ederken, 30 seneyi aşkın kamu sektöründe çalışmış biri olarak dikkatimi çeken konuları sunmak istiyorum. Önce, Mehmet Uçum ikale konusunda işçi ve işverenin birlikte hareket etmesinden söz etti. Benim aklıma düello geldi. Yani tabancaları alıp, dokuz adım atacak ve aynı anda ateş edecekler. Bunu kim başlatacak? Ancak, işçi başlatabilir. İşveren başlattığı zaman, “iyi niyetli olmadığı” düşünülüyor. O zaman işçinin feshinden çok da büyük farkı kalmıyor. Ama Türkiye’de batıdan farklı olarak bir başka uygulama var dikkatimizden kaçan... Devletin de kamu sektörü olarak işçi çalıştırdığını biliyoruz. Devletle kendim de yaşadım bunu. İstifa edersiniz, tazminat falan almazsınız, hiçbir şey vermezler. Sizin kabul etmediğiniz istifa olayı devlette geçerlidir. O nedenle geçmişte birçok arkadaşım kendini anlaşmalı attırırdı, para alsın diye; çünkü ihtiyacı vardı. Benim gibi bazıları da atıldı demesinler diye parayı yakar, çıkar gider.

İkale bir tek bunu sağladı belki. Özellikle, kamu kesiminde anlaşmayla parasını kurtarmayı ve zedelenmemeyi sağladı. İş akdinin feshini ortadan kaldırdı ama sözleşmeyi yok etti. Bir düzeltme yaptı bana göre.

Geçmişe dönersek, Türkiye’de iş güvencesi, benim görev yaptığım sırada, geciksin diye mücadele ettik çünkü Türkiye buna hazır değildi. Ben işveren sendikalarında da görev yaptım. Türkiye buna hazır değildi. Çünkü bizim sendikacılık anlayışımızla, batı normlarını Türkiye’ye getiriyoruz, uymuyor. Bugün batı yaptığı hatayı gördü ve yumuşamaya başladı. Biz herhalde onu 15-20 sene sona değiştireceğiz ama birçok yara alacağımızı düşünüyorum. Çünkü Türkiye’de özellikle kayıt dışı ekonominin yaygın olduğunu dikkate alırsak, ciddi müesseselerin başı gerçekten dertte. Ciddi müesseselerin giderek ayakta kalma savaşı zorlaşıyor. Buradaki katılımcılar da öyle zannediyorum ki, hepsi hukukçu olmaktan ziyade bir kısmı da işletmelerde personel yönetimiyle, insan kaynakları yönetimiyle ilgili bölümlerde çalışan arkadaşlarımız. Bunların her gün yaşadığı bir takım sorunların cevabını yani ne yapmalıyız sorusunun cevabını bekliyoruz. Çünkü birçok konuda hukukçu arkadaşlara danışıyorum, Yargıtay’dan bilgi alıyorum ama benim önümdeki pabuca hiçbir ayak sığmıyor. Açık söyleyeyim. Bugün yaptığımız şey şu: O kitapta yazan bütün cezaları üst üste koyup işçiyle pazarlık ediyoruz ve öyle işten çıkarıyoruz. Diyelim ki işçi müesseseseye zarar veriyor, işine sahip çıkmıyor. Benim taahhütlerim var. Malımı ihracata yetiştirmem lazım. O ciddiyeti görmüyorsun ama mahkemelerde karşıma çıkacak şeyleri kestirmeden atmak için adama ben bir çuval para verip öyle çıkarıyorum. Bunun ehveni şer kurtarır yönü nedir? Biraz o konuda ipucu verirseniz sevinirim.

**Av. Barbaros Çağ:** İçtihatlar doğrultusunda gayet tabii belirli şeyler ortaya çıktı ama anladığım kadarıyla beyefendi daha da net bir reçete istiyorlar. Onun için müsaadenizle Mehmet Uçum’a söz vereceğim.

**Av. Mehmet Uçum:** Öncelikle şunu söyleyeyim. Yargıtay işverenin teklifi üzerine yapılan ikaleyi kabul etmiyor görüşü doğru değil. Daha yakın tarihte İzmir İş Mahkemesi tarafından verilmiş olan, işveren tarafından ikale teklifiyle iş sözleşmelerinin sona erdirildiği bir grup işçiyle ilgili davada, Yargıtay, İzmir İş Mahkemesinin “Hayır, burada tarafların anlaşması vardır. İşverenin teklifiyle anlaşma vardır. Bu nedenle işe iade davası açmanın koşul-

ları oluşmamıştır” şeklindeki kararını onayladı. Dolayısıyla, ilkesel bir tutumu yok Yargıtay’ın. Bunu bilmekte fayda var. Düello mu yapacaklar? Tam tersine, anlaşarak sözleşmeyi ortadan kaldırma sürecini başlatacaklar. İlk adım işverenden de gelebilir, işçiden de gelebilir. Önemli olan irade sakatlığının olmamasıdır.

İkincisi, Yargıtay’a çok fazla haksızlık etmemek lazım. Bir tane İş Hukuku var. Bu İş Hukuku işçinin İş Hukuku değil. Bunu karıştırmayalım. Bu İş Hukuku hem işverenin, hem de işçinin İş Hukukudur. Özelliği nedir? Bir sosyal koruma hukukudur. O yüzden yorum ilkelere arasında işçinin lehine yorum ilkesi vardır. Hangi durumlarda? Tereddüt durumlarında. Nasıl ki cezada şüpheden sanık yararlanır ilkesi diye bir ilke varsa, geçen gün bir yargıç arkadaşımızın dediği gibi iş hukukunda şüpheden işçi yararlanır ilkesi var. Burada kantarın topuzu kaçıyor mu? Zaman zaman kaçıyor. Fakat esas itibarıyla işverenin de hukukunun korunduğu bir hukuk zemini içerisindeyiz. İşletmesel nedenlerle yapılan fesihlere ilişkin değerli hocam çok sayıda örnek verdi. Yargıtay’ın verdiği bazı kararlar da var. Ekonomik güçlük nedeniyle yapılan işgücü azaltmalarının geçerli olduğu, yardımcı işlerin alt işverene verilmesi sebebiyle işten çıkarmaların geçerli olduğu, bunun yanı sıra kadro fazlasını tespit halinde işten çıkarmanın geçerli olduğu, ISO kalite belgesi almak için yapılan prosedürel işlemlerde daha vasıflı elemanın istihdamı için işten çıkarmanın geçerli olduğu, daha düşük eğitim seviyesindeki işçiler yerine daha yüksek eğitim seviyeli işçilerin alınmasının geçerli neden olduğu gibi çok sayıda sayabileceğimiz kararlar da var.

Burada önemli olan herkesin haklarını kullanırken, borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun davranması. İş güvencesi sistemi, işçiler tarafından da kötüye kullanılan bir kuruma dönüştürülüyor, işverenler tarafından da kötüye kullanılan bir kuruma dönüştürülüyor. Her iki tarafta da kötüye kullanma var. Bunu kabul etmek lazım. Peki en fazla kimin canı yanıyor? Daha çok kayıtlı sektör dediğimiz, daha çok kurallara uymaya çalışan sektör dediğimiz, daha çok elit tabaka dediğimiz Türkiye’nin işveren kurumlarının canı yanıyor. Çünkü onlar hukuka aykırı iş yapmak istemiyorlar. Onlar kurallara uygun iş yapmak istiyorlar. Ama bunun yanı sıra uygulamadan ya da zaman zaman Yargıtay’ın değerlendirmesinden kaynaklanan sıkıntılar daha çok onları olumsuz etkiliyor. İş güvencesi sistemi şu anda böyle. Bu haliyle değerlendireceğiz ve uygulayacağız. Değişmesini isteyebiliriz. O ayrı bir konu. Onu ayrıca tartışalım.



**Av. Barbaros Çağa:** Sayın Mehmet Uçum'a bir hususu sormak istiyorum. 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükteyken, tereddüt halinde işçi haklarının geçerli olduğu konusunda herhalde hiçbirimizin şüphesi yok. 4857 sayılı İş Kanunu ile acaba bu ilkede bir değişiklik yapılmadı mı sizce?

**Av. Mehmet Uçum:** Hayır. Bence yapılmadı. Bu tartışılabilir. İş Hukuku uygulamasında esnek birtakım kuralların getirilmesi başka bir şey ki esneklik uygulamaları yeni kanunla sistemimize girdi. Ama bana söyleyin. Nerede esneklik uygulamaları var? Nerede denkleştirme uygulanıyor? Nerede telafi çalışması uygulanıyor? Nerede serbest zaman uygulaması var? Yapılıyor mu? Bunun üzerinde çok da düşünülüyor. O zaman şöyle düşünmek lazım. Türkiye'nin ihtiyacına uygun esneklik kuralları getirilemedi. Getirilen kurallar bizim ihtiyaçlarımıza uygun değil. Bunun yanı sıra 4857 sayılı Kanun, tam tersine, 1475 sayılı Kanun'da olmayan bir şeyi getirdi. 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı Kanuna girmiş olan iş güvencesi sistemini getirdi. Dolayısıyla, "şu anda iş hukukunun idesi, amacı artık işletmenin korunmasıdır. Bu da pozitif kurallara yansımıştır" demek mümkün değil. Bundan sonra olur mu, olmaz mı o ayrı bir konu. O ayrıca tartışılabilir.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Sayın Mehmet Uçum'un söylediği her şeyin altına imzama atıyorum.

**Soru - Yorum:** Bu konuda hukuka uygun davranan bir şirket olarak bizim de oldukça canımız yanıyor. Özellikle, İş Hukukunun, işçinin ve işverenin birlikte ölçülülük ilkesi altında korunduğu bir hukuk olduğu prensibi doğru olmakla birlikte, uygulamada bunun hiç de böyle olmadığı gerçeği de ortada. Şirketimiz aleyhine açılan çok sayıda işe iade davasından bizim kazandığımız sayılıdır. Bir elin beş parmağını geçmez. Bu konuda söylenecek çok şey var.

Öncelikle, Sayın Hakkı Aktaş'a katılıyorum. Yaşlılık aylığına hak kazanmış olmanın iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olması kabul edilmelidir. Bu anlamda belki sosyal güvenlik yasası ile iş yasası uyumlu hale getirilmelidir. Onun dışında Can Tuncay'ın okuduğu Alman profesörlerin yazısının aynısını bizim insan kaynakları genel müdür yardımcımız da söylemişti. Eşimi boşamam daha kolay demişti. Ama işçiyi ne zaman işten çıkartacağım?

Diyelim ki, verimli çalışıyor, performansında herhangi bir düşüklük yok. 70-80 yaşına kadar ben bir avukatı çalıştıracak mıyım diye haklı olarak sordu. Bunda da bir sınırlama getirilmesi gereği var gerçekten.

Ben Sayın Can Tuncay'a şöyle bir soru yöneltmek istiyorum. İş sözleşmesi sona erdikten sonra işe iade davasını kazanan işçi dönüyor ve diyor ki, ya beni işe alın, ya da dört aylık çalışsaydım kazanacağım ücretin haklarıyla birlikte tazminatımı ödeyin. Biz de prensip olarak tazminat ödemeyi tercih ediyoruz. İşe iade davasından sonra davaların sonu gelmiyor. Çünkü Yargıtay yasada yazılı olmamasına rağmen, bizim ödeme yaptığımız tarihte feshin gerçekleştiğini kabul ediyor ve o tarihte işçi çalışsaydı ücreti ne olacak idiyse, o ücret üzerinden kıdeminin, ihbarının ve yıllık ücretli izni ile iş güvencesi tazminatının hesaplanarak aradaki farkın işçiye ödenmesine hükmediyor. Oysa, yasa diyor ki, işçi en fazla dört ay çalışsaydı ne hak edecekti o ödenmelidir diyor ve hatta kıdem tazminatı farkı ödenirken işçinin, daha önceki kıdemine dört ay ilave edilerek kıdem tazminatı ödeniyor. Ama kıdem tazminatı dört ay ödenmekle birlikte, ödemenin yapıldığı geçerli fesih tarihindeki ücret üzerinden yapılıyor. Bu, bir anlamda işvereni cezalandırmak değil midir? Çünkü yasa çok açık bir şekilde diyor ki, dava yerel mahkemede iki aylık sürede, Yargıtay'da bir aylık sürede kesin olarak karara bağlanır. Yargılamanın gecikmesinin bedeli, faturası niçin işverene kesiliyor? Bu konuda da değerli görüşlerinizi belirtmenizi arz edeceğim.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Yargıtay burada kendi mantığı ile tamamen uyumlu şekilde hareket ediyor. Şöyle ki, işe iade davası kazanıldığı takdirde, sözleşme hiç feshedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkıyor. Sözleşme devam ediyor. Ama işçi davayı kazanıyor, geliyor beni işe al ya da tazminatımı öde diyor ve işveren de işe almıyor. İşte sanki o anda sözleşme feshedilmişçesine, o anda çalışmış olsaydı hangi ücrete hak kazanacaksa yeniden hesaplama yapıp kendisine ödenmelidir diyor.

**Soru -Yorum:** Aslında pek öyle olduğunu düşünmüyorum ben. Eğer böyle düşünüyor isek, yani sözleşme devam ediyor idiyse o takdirde ben Cengiz Özbilgin'in fikrine katılıyorum. Eğer işveren "gel işe başla" dediği zaman işçi "işe başlamıyorum" derse, o takdirde işçi kendi yükümlülüğünü yerine getirmediği için sözleşmeyi haklı nedenle işverenin feshetme hakkı doğar ki, bu durumda da işveren alacaklı olur. Çünkü bu durumda işçi feshetmiş

sayılıyor. Bu takdirde işveren geçersiz fesih nedeniyle ödemiş olduğu kıdem ve ihbar tazminatı ile ilgili olarak alacaklı konuma geçer diye düşünüyorum.

Biz Şubat 2006 tarihinde özelleştirildik. Özelleştirilme nedeniyle fesihler yapıldı. Fakat biz işveren olarak yine hukuka ve hakkaniyete uygun olması anlamında sadece emekliliğine hak kazanan işçilerimizi özelleştirme nedeniyle işten çıkartmış olmamıza rağmen, işe iade davaları kabul edildi. Dolayısıyla, tek başına özelleştirme bile değil, özelleştirme ve emekliliğini hak etmiş olmayı sosyal seçim kriteri olarak fesih bildirimlerinde belirtmiş olmamıza rağmen, davalar kabul edildi. Yargıtay gerekçesinde ve yerel mahkeme gerekçesinde sadece özelleştirme ya da özelleştirmeyle birlikte emeklilik geçerli neden olmaz, aynı zamanda norm kadro çalışması yapmış olmanız gerekiyordu gibi bir ifade vardı. Özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda personel fazlası bilinen bir gerçektir diye Yargıtay'ın kendi kararları olmasına rağmen, bu tip kararlar verdi. Bu karar doğru mudur, değil midir? Çünkü siz özelleştirme geçerlidir, bu konuda tereddüt yoktur dediniz.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Tereddüt yok demedim. Özelleştirme, Yargıtay tarafından yeniden yapılanma nedeni sayıldığı için bir geçerli fesih nedeni sayılıyor dedim. Okuduğum kararlarda bu böyle. Bana da uygun görünüyor.

**Soru - Yorum:** Ama o kararın aslında öyle olmadığını ben de ifade etmek istedim.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Bana göre özelleştirme geçerli fesih nedeni, yeniden yapılandırma varsa. Yoksa sırf tek başına bir özelleştirme, çıkartma nedeni teşkil etmez. Çünkü işletme devam ediyor.

**Soru - Yorum:** Bu anlamda sözlerimi şöyle bağlamak istiyorum. İşçi lehine yorum ilkesi, artık işvereni zor durumda bırakma ilkesi haline getirilmemeli. Zira, Avrupa'da yaşananların benzerinin ülkemizde yaşanmaması lazım. İlla bir şeylerin tecrübe edilerek yaşanmasından ziyade, öngörünün de artık hakim olması gerektiğini düşünüyorum. Teşekkür ederim.

**Soru - Yorum:** Biz "işe iade" mahkemeleri ile 2006'da tanıştık. Biz de buradaki herkes gibi kanunlara birebir uymaya çalışıyoruz. Şüpheli durumlardan bile kaçmaya çalışıyoruz.

Ama bir yere kadar kaçtık. 2006 Ocak ayında tanıştık. Henüz kaybettiğimiz veya kazandığımız bir dava yok. Devam eden bir süreç. Şunu gözlemledik. Bursa'da 5 tane iş mahkemesi var. Hakimler çok farklı bakıyorlar olaylara. Acaba Yargıtay olabilir, iş mahkemesinin yargıçları olabilir, TÜSİAD olabilir veya Adalet Bakanlığıyla olabilir, iş hayatını biraz daha tanımak adına ne yapılabilir? Çünkü birçok kararın bundan etkilendiğini ben de duydum ve gözlemlerimle müşahade ettim. Bu konudaki yorumlarınızı rica ediyorum.

**Av. Barbaros Çağa:** TÜSİAD olarak 3 toplantı düzenledik, bugün dördüncüsünü yapıyoruz, bunlardan bir tanesini Ankara'da gerçekleştirdik. Bugüne kadar maalesef Yargıtay mensupları toplantılarımıza katılmadı. Karşılıklı görüşmeden, dertleri dinlemeden ve aynen sizin de belirttiğiniz gibi olayları bilmeden, -nasıl ki bir deniz ticaret mahkemesi hakimi geminin üstüne ömründe çıkmadıysa o geminin ne olduğunu bilemez- iş hayatını da yakından tanımayan bir hakimin hata yapması da kaçınılmaz. Arkadaşlarım belki bu görüşün bir kısmına iştirak etmeyecekler...

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Ben çok radikal bir şey söyleyeyim. Bu sadece iş hakimleri için değil bütün hakimler için geçerli. Hakimin kimisi doğru kararlar veriyor, öbürü yanlış kararlar veriyor. Bunları nasıl düzeltebiliriz? Cevabı çok zor. Hukuk fakültesinden mezun olanların kimisi avukatlığı seçiyor, kimisi hakimliği seçiyor, kimisi hocalığı seçiyor. Bir şekilde mesleğimizi belirliyoruz. Ama kimisi başarılı oluyor, kimisi daha az başarılı, kimisi de başarısız oluyor. Bu her alanda böyle. O zaman diyorum ki, her sene bir sınav yapalım, o sınavda belli bir puanın üzerinde puan alanlar hakimliğe devam ederler. Öbürleri de yeniden eğitime dönerler. Sonra puanı yükselince tekrar hakimliğe başlarlar. Başka çaresi var mı?

**Av. Hakkı Aktaş:** Ben de şunu söylemek istiyorum. Gerçekten yargıçlığım sırasında karşılaştığım en büyük zorluk iş yüküdür. İsviçre federal yargıcıyla diyalogumu burada anlatmak isterim. "Kaç davaya bakıyorsunuz?" dedim. "Davanın adedi önemli midir? İçerik önemlidir" dedi. "Doğru ama söyleyin" dedim. "Senede 120 davaya bakarım ama 20'si demir leblebidir" dedi. Ben ise bir haftada 180 duruşmaya giriyordum. Öyle bir iş yükü altında iyi bir yargı istiyor isek, elbette yargıçları eğitelim, elbette bu tür seminerlere davet edelim, elbette olayların içine sokalım. Ama lütfen ona vereceğimiz iş, iş olsun. İş yükü, ona araştırma imkanı versin, bize de onu eleştirme imkanı versin. Ben onun için hiç kimseyi eleştirir durumda deği-

lim. İstanbul'da mevcut 8-9 tane iş mahkemesi var. Her birinde 2000 veya 2500'e yakın dava vardır. 2500 davayı dört sayfadan düşünürseniz hakim 10.000 sayfa okuyacak ve değerlendirecek. Değerlendiremiyor. Onun için de hizmetin iyi işlememesi karşımıza çıkıyor, ben de buna iyi adalet diyemiyorum. Yine de böyle güzel şeyler üretebiliyoruz ve bir ölçüde eleştiriye giren sonuçlar olarak karşımıza çıkıyor. Teşekkür ederim.

**Soru - Yorum:** İki şey sormak istiyorum. Bir tanesi, kısmi süreli personel istihdam ediyoruz. İş yasasında iş süreleri ile ilgili kısımda iş sürelerini işverenin düzenleyeceği yazıyor. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilen personelin iş sürelerinde azaltmaya gidildiği zaman önemli şartlar kısmına girer mi? Diğer sorum da, yaşadığımız bir olay ile ilgili. Devamsızlıktan dolayı çıkışını verdiğimiz bir personelin noter kanalıyla yolladık yazısını ve bu yazıda devamsızlık nedeniyle sözleşmesini feshettiğimizi belirttik. Eğer geçerli bir nedeni varsa belirtmesini ve belgesiyle beraber iş başı yapmasını istedik. Ancak, iş müfettişleri incelemelerinde bunu kabul etmediler. Önce belgesini isteyeceğimizi, daha sonra belli bir süre içinde ibraz etmezse sözleşmesini feshetmemiz gerektiğini ve bunu da noterden yapmamız gerektiğini söylediler. Yasada böyle bir hüküm olmamasına rağmen...Bu konudaki görüşlerinizi rica edeceğim.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Kısmi süreli işçinin çalışma süresini kısaltırken ücreti de mi azaltacaksınız? Eğer evet diyorsanız, bunlar saat başına ücret aldıkları için bana göre esaslı bir nedendir. O zaman İş Kanunu'nun 22'nci maddesi hükmüne uygun davranmak lazım. Zaten kısmi süreli çalışıyor. Zaten belli bir miktarda da bir ücret alıyor. Şimdi o ücreti gene de indirmek istiyorsanız bunun 22'nci madde kapsamında değerlendirilerek, önce kendisine teklifte bulunulması, 6 işgünü içinde yazılı olumlu cevabının beklenmesi gerekir. Cevap olumsuzsa ya teklifinizden vazgeçeceksiniz veya onu işten çıkartacaksınız. İşe iade davası açma imkanını da kendisine sağlayacaksınız gibi geliyor.

İkinci soruya cevap da, önce devamsızlık nedeniyle işçinin işine son veriyorsunuz. Sonra da diyorsunuz ki, devamsızlığını mazur gösteren bir belgen varsa getir. Bu olmaz. Tam tersi olacak. Dolayısıyla, iş müfettişinin yaptığı doğru. Ama burada bunun noter kanalıyla yapılmasının gereği yok, pekala yazılı yapılabilir. Çünkü kanun noter şartı getirmiyor ama yazılı tebligat şartı var.

**Av. Barbaros Çağa:** Bir hususu belirtmek istiyorum. Çağrı üzerine sözleşmeyi inceler-seniz belki bir miktar halledebilecektir bu meseleyi. “Part time” olarak değil, onun esnek-liği daha fazladır ve düşündüğünüz şeyleri büyük bir ihtimalle yerine getirebilirsiniz tabii ama o da sınırsız değil.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Yalnız o da sözleşmenin değiştirilmesi anlamına geliyor.

**Av. Barbaros Çağa:** Hayır benim demek istediğim baştan böyle bir uygulamaya gidil-diği takdirde. Bundan sonraki uygulamalarda o yola giderseniz bir bakıma halledecektir işinizi.

**Soru - Yorum:** Ben insan kaynakları yöneticisiyim. Önceden bir-iki kişiyi işten çıkartır-ken tazminat verecek miyiz vermeyecek miyiz diye soruyorduk. Şimdi de işe iade davası açar mı diye soruyoruz. Şöyle bir olayla karşılaştım ve bütün dostlarıma, hocalarıma sor-dum. Tam net cevap alamadım. Mesai saatleri dışarısında bir sürücüm ehliyetini alkollü ola-rak kaptırıyor. Altı ay süreyle ehliyetine el konuluyor. Ben bu kişiyi işten çıkartabilir mi-yim? Çıkartırsam tazminat öder miyim? Bu kişi işe iade davası açabilir mi? Bu dava sürerse, 6 ay da geçerse ben bunu tekrar işe aldığım zaman da norm kadroyla çalıştığım için duru-mu ne olacak?

**Av. Mehmet Uçum:** Yargıtay bir karar verdi. Tam da sizin dediğiniz gibi. Sizin bahsetti-ğiniz kişi ne iş yapıyor?

**Soru - Yorum:** Şoför.

**Av. Mehmet Uçum:** O kararda mesai saatlerinin dışında ehliyetinin alınması sonuçta yü-rüteceği iş bakımından etkili olmadığından onun geçerli neden olamayacağı şeklinde bir karar verdi. O yüzden yaptığı iş çok önemli. Sizin bahsettiğiniz olayda, altı ay süreyle eh-liyetinin alınması sizin ondan istediğiniz işi yerine getirmesine engel bir durumdur. Acaba işverene altı ay boyunca buna katlan deme hakkı var mıdır kimsenin? Bence yoktur.

**Soru - Yorum:** Biz onu da denedik. Bir başka yerde norm kadro ile çalışıyoruz. Yer bulamadık. Hatta bir süre başka yerde de çalıştırdık. Orada da kendi içimizde sorduk, acaba işveren burada feshi kötü niyetli kullanıyor mu diye düşünürler mi diye? 15 gün bir yerde çalıştırdım ama iş yürümüyor. Bunu feshedersem altı günlük süreyi de sorguladım. Ama çözüm bulamadım. Derhal feshi yapmam lazımdı. 15-20 gün sonra işten çıkarttım.

**Av. Mehmet Uçum:** Bu haklı nedenle fesih değil, olsa olsa geçerli nedene dayalı bir fesihtir. Haklı nedenle fesih hatalı. Sonuçta işyeri dışında gerçekleşen bir davranış var. Ama bu iş ilişkisini etkiliyor ve iş ilişkisini katlanılmaz hale getiriyor. Bu tipik bir geçerli nedenle fesihtir. Kıdem ve ihbar tazminatı ödeyerek fesih yapmanız gerekecek. Çünkü olay işyerinin dışında gerçekleşiyor.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Mehmet Uçum'un söylediği gibi tam sizin olayınıza ilişkin bir karar var. Aynı. Bu geçerli nedenle yapılan bir fesihtir.

**Soru - Yorum:** Ama benim 10 yıllık çalışanlarım var ve tazminatlarını almak istiyorlar mesela. O zaman adam içer iki şişe bira ve duvara vurur. Ehliyetini kaptırır. O zaman da istihdamı zorlaştırıyor.

**Av. Mehmet Uçum:** Hakkın kötüye kullanılmasıyla alakalı bir konu değil.

**Av. Barbaros Çağa:** Bunun sonsuza kadar varyasyonlarını getirebiliriz. Hukukun başka yerlerine giriyoruz. Hakkın kötüye kullanılması, yasaya karşı dolanmalar...

**Soru - Yorum:** Fesih geçersizliğine karar verilmesinden sonra işletmenin ekonomik nedenlerle kapandığını düşünelim. Aynı işverene ait başka bir ilde işletme var. İşçi işe iade kararını aldıktan sonra işe başlama için talepte bulunmuş. İşverenin de fiili olarak orada işe başlatamayacağından dolayı diğer ildeki işyerine çağırdığını düşünelim. Bu durumda işveren işe başlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır mı? Bir de holding yapıları içerisindeki işletmeler açısından düşünüldüğünde, holding şirketlerinden birine karşı dava açılarak aynı zamanda tüm holding sorumlu gösterilebilir mi?

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Bir Yargıtay kararı var. İşçinin yıllık ücretli izni esnasında, işyeri kapanıyor ve başka bir ile taşınıyor ve işçi izin dönüşü işyerinin nereye gittiğini bulamıyınca devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesini feshediyorlar. Bu geçerli fesih sayılmaz. Gittiği ilde işyerinde işe başlayabilir. Burada işe başlamama gibi bir şey söz konusu değil. Oradaki işi teklif etmişse işveren burada kendine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş sayılıyor. Diğer sorunuza gelince, holding bünyesinde bulunan her şirketin ayrı tüzel kişiliği olduğundan biri yerine diğerine dava açamazsınız.

**Soru - Yorum:** Maalesef bizde tersi oldu.

**Soru - Yorum:** Mehmet Uçum'un söyledikleri ile ilgili insan kaynakları profesyoneli olarak bir saptama yapmak istiyorum. Biz işyerlerinde istifa durumunda –en azından kendi adıma konuşayım- uygundur ibaresini, sadece ve sadece bizim bilmediğimiz nedenlerle istifa varsa o kişiyi vazgeçirip, ikna edip, işyerine tekrar kazandırmak için bir çaba sarf etmeye gerek olmadığını düşünürsek koyarız. Yani o çabayı göstermeye gerek yoksa uygundur deriz. Yoksa hukuki açıdan değil. Onu bir saptama olarak söyleyeyim. İstifa dilekçesinin işleminde o ibare geçer. İkincisi, biz özellikle yeni İş Kanunu'nun uygulamalarını, sizlerin de burada işaret ettiği gibi, yeni örnekleriyle bir yerlerden takip etmek istiyoruz. Bununla ilgili bir internet sitesi var mıdır veya böyle bir kaynak var mıdır?

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Yazdığımız kitapları okuyabilirsiniz.

**Av. Barbaros Çağa:** Bir de tabii yazılan karar eleştirilerini okumakta büyük yarar var.

**Soru - Yorum:** Sıklıkla olmasa bile, zaman zaman karşımıza gelen bazı istifa dilekçeleri var. “Kıdem ve ihbar tazminatının ödenerek, iş akdimin feshi” diyor. Bu durumda bir ikale sözleşmesi geçerli olabilir mi? Bunda bir sınırlama var mıdır? Yani iş yasasının üzerinde talepler olabiliyor. Bunlar karşılanabilir mi? Bunlar hangi sınırdadır yapılabilir?

**Av. Mehmet Uçum:** Bunu konuşmamda da söylemiştim. İşçinin talebi üzerine işverenin yaptığı fesih ikale değil. Onu biz işçinin talebi olarak kabul ediyoruz, istifa değil. “Kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi kaydıyla sözleşmenin feshini talep ediyorum.” İçerik bu.



Bu bir taleptir. İşveren bunu iki biçimde değerlendirebilir. Birincisi, bu talebi ikaleye ilişkin sözleşme teklifi olarak yani bizim teknik anlamda icap olarak kabul edebilir ya da bu talebi uygun bulup doğrudan fesih yapabilir. Eğer onu teklif olarak kabul ederse, işverenin şunu yapması lazım: Evet, ben senin bu teklifini sözleşmenin anlaşarak sona erdirilmesi şeklinde bir teklif olarak alıyorum ve bunu da kabul ediyorum. Bir anlaşma sözleşmesi yapılır, o anlaşma sözleşmesinin içeriğinde sözleşmenin karşılıklı anlaşarak ortadan kaldırıldığı yazılır ve sonuçları itibariyle kıdem tazminatı tutarında bir ödeme, ihbar tazminatı tutarında bir ödeme ya da bunları bir ölçü olarak bir ödeme yazabilirsiniz. İşe iadenin sonuçları bakımından ilave ödeme yapmak istiyorsanız, anlaşmada varsa 3 aylık, 4 aylık ilave ödemeler hatta işsizlik ödeneğinden yoksun kalınması sebebiyle ilave ödemeler yapılabilir, uygulamada bu tür şeyler yapılıyor. O zaman ikale olur. Öbür türlü siz talebi kabul edip, fesih yaparsanız o ikale değildir, işverenin feshidir. Bir de kıdem tazminatı tavanını aşan taleplerden mi söz ediyorsunuz? Kıdem tazminatı tavanının aşılması artık 4857 sayılı yasadan sonra mutlak emredici hüküm vasfını yitirdiği için, cezai yaptırımlar 1475 sayılı yasayla kalktığı için artık nisbi emredici hüküm niteliğindedir, kıdem tazminatı tavanını aşan işverenle işçi arasındaki anlaşmalar geçerlidir. Problem nedir? Problem, tavanı aşan kısım gelir vergisine tabi olacak mı, olmayacak mı? Çünkü gelir vergisi kanununda tavana kadar olan kısım gelir vergisinden muaf. Bu nedenle tavanı aşan kısım gelir vergisine tabi olacaktır. Gelir vergisi dışında bir problemi yoktur. Bu anlaşmalar geçerlidir.

**Soru - Yorum:** Ben işçiden gelen bu talebi bir anlaşma haline dönüştürdüm. Biz şartlı istifa derdik buna. Bir anlaşma protokolü diye bir metin yazdım ama orada bir takım şekil şartlarına dikkat etmedim. Dedim ki, “Evet, kıdem tazminatını ve ihbar tazminatını ödeyerek, aramızda anlaşıyoruz” dedim. Bu işçi buna rağmen gidip de bir işe iade davası açabilir mi?

**Av. Mehmet Uçum:** Açar. Yani davanın açılmasına engel bir durum yok. Bu dava reddedilir mi, edilmez mi? Problemimiz o. Bana göre anlaşmada irade sakatlığı yoksa, baskı yoksa anlaşmanın içeriğinde yapılan ödemelerin taraflarca nasıl nitelendiğinin bir önemi yoktur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Osman Güven Çankaya kıdemi yazar, yıllık izni yazar, işe iadenin sonuçlarını yazar ama ihbarı yazamazlar demiş. Bu konu ile ilgili Yargıtay’ın görüşünü de öğrenmiş bulunuyoruz.

**Soru - Yorum:** Ben 30 kişi sınırlaması konusunda birtakım bilgiler isteyecektim. Holding birbirine bağılı kuruluşlarında, bu konuda gelişmiş somutlaşmış kararlar var mı? İkincisi, konumuza bağılı olarak iş arama izni. İşçinin kendisi feshederse iş arama izni kullanabilir mi?

**Prof. Dr. Can Tuncay:** 30 işçi ölçütü kanuna göre aynı işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa tüm işyerlerinin toplam işçi sayısına göre belirlenecek. Ama aynı işverenin holding bünyesinde olsalar dahi, farklı şirketleri varsa şirketler ayrı tüzel kişilere sahip olduklarından başka bir şirketteki işçi sayısı bu sayıya dahil edilemez. Alt işveren konusunda da aynı şeyi söyleyeceğiz. Ortada bir muvazaa yoksa gerçekten asıl işveren-alt işveren ilişkisi var ise, alt işveren işçileri asıl işverenin işçileri kabul edilmez veya tersi. Dolayısıyla, 30 işçi ölçütünde farklı işverenlerin birbirlerine müdahalesi söz konusu olamaz.

İş arama iznine gelince, ister işçi istifa etsin, ister işveren işçiyi çıkartsın, ihbar öneli içinde kişi iş arama iznini kullanır.

**Soru - Yorum:** Bu konuda yeni bir Yargıtay kararı var mı? 1959 tarihli buldum da, şüphe uyandırdı.

**Av. Barbaros Çağa:** Hala geçerli sayılabilir.

**Soru – Yorum:** Biraz önce hakkın kötüye kullanılmasından bahsedildi. Bu noktada ben işveren vekili olarak işverenin yaşadığı bir sıkıntıyı, bir gerçeği burada anlatmak istiyorum. İşe iade davasının sonucunda artık iade davası açtığında 4 aylık çalışsaydı, işçi boşta geçen sürede alacak olduğu hakları ve sosyal yardımlar için dava açtığında, bunların hepsini birlikte açmıyor. Örneğin, yakacak yardımını, bayram harçlığını bir davada açıyor. O davayı sonuçlandırıyor. Sonra toplu sözleşmeden kaynaklanan diğer haklarını da farklı farklı davalarla, yani aslında tek bir davayla talep edebileceği bütün haklarını farklı davalarla açıyor. Avukatların buradaki amaçları da her bir davadan ayrı ayrı vekalet ücretine hak kazanmak şeklinde. Hukukumuzda, usul kanunumuzda buna engel bir hüküm yok, böyle yapılabilir. Ancak, bu konu işverenleri oldukça rahatsız ediyor. Bunun önüne geçilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu konuda sizin fikriniz nedir?

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Bunun önüne geçilmez.

**Av. Barbaros Çağa:** Yahut da usul kanununda değişiklik yapılır.

**Av. Cengiz Özbilgin:** Ya da işveren tam olarak hesaplasın ve zamanında ödesin.

**Soru - Yorum:** Ben yasayı çıkarırken bir yerlerde hatalar yapıldığını düşünüyorum. Yorumuna açık yönümüz çok fazla. Sonra farklı kafalardan farklı sonuçlara gidiyoruz ve sonuçta böyle toplantılar yapmak zorunda kalıyoruz. Esasında yasa çıkarılırken çok daha keskin çizgileriyle birtakım şeyler belirlense? Biz hep önce yasayı çıkarıyoruz, uygulamada karşılaşacağımız sorunlarla ilgili çözüm yollarını sonra bulmaya çalışıyoruz.

**Av. Barbaros Çağa:** İlk soruya cevap vereyim. TÜSİAD olarak bizi ilgilendiren tüm yasalarla ilgili olarak hazırlık dönemlerinde çalışma gruplarımız devamlı toplanır. Bu gruplarımız gayet hassas çalışmalar yaparlar. Gerektiğinde uzmanlardan da katkı alırlar ve düzenledikleri öneriler Yönetim Kurulu'nun da onayından geçtikten sonra Ankara'da gerekli mercilere iletilir. Çoğu kez istediğimiz sonuca ulaşabiliyor muyuz? Tam olarak ulaştığımızı söyleme imkanı yok. Ama bütün bu çabalar boşa gidiyor denmesi de yerinde olmaz. Neticede, genel anlamda da olsa bazı sonuçları elde edebiliyoruz.

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Dünya üzerinde hiçbir ülke "ben ideal yasayı yarattım" diyemez. Hiçbir ülkede ideal yasa olamaz. Çünkü yasalar zamana, mekâna ve ihtiyaçlara göre çıkarılır. Bunu yapanlar da biz insanlarız. İnsan hatadan beri değildir. Kanun bir Allah yapısı değil, bir kul yapısı sonuç itibarıyla. Sosyal olaylar, ekonomik olaylar o kadar değişkenlik gösterir ki, bir dönemde mükemmel veya mükemmele yakın çıkardığınız bir yasa aradan belli bir zaman geçtikten sonra ihtiyaçlara cevap veremeyecek hale gelir. İşte onun için biz hukukçular varız. Onun için bu kitaplar yazılıyor. En mükemmel yasaların çıkartıldığı ülkelerde bile mahkeme kararları, doktrin şu veya bu yollarla çözüm ve doğru yol bulmaya çalışılıyor. Onun için bu kaçınılmaz bir gerçek. Bunu biz insanlar yapıyoruz. Şöyle olabilir. Çok geniş katılımlı komisyonlarda bunlar hazırlanır. Belki biraz daha iyi olabilir. Ama çabuk çıkartırsanız da hata olma ihtimali yükselir. Fakat ideal kanun yoktur.

**Soru - Yorum:** Konuyla ilgisi yok ama evre kanununa muhalefetten dolayı kesilecek idari para cezaları ve cezai sorumluluklar yönünden alt iŐverenlerimizin sorumluluğu asıl işverene mi ait olur?

**Prof. Dr. Can Tuncay:** Cezada sorumluluk kiŐiseldir. Alt işverenin sorumluluğu herhalde asıl işverene ykletilemez.

**Soru - Yorum:** Onunla ilgili olarak yeni ceza kanununda birtakım deęiŐiklikler var. Her ne kadar tüzel kişinin sorumluluğuna gidilemese de, cezalarda Őahsilik ilkesi olsa da alınacak güvenlik tedbirleri yönünden asıl işverenlerin birtakım sorumlulukları var.

**Av. Barbaros ağa:** Orada baŐkasına gitmiyorsunuz. Bir kişinin kendi yükümlülüğü altında olduğu bir tedbiri almaktaki ihmalinden doğan cezai sorumluluktan bahsediyorsunuz.

Başka bir soru olmadığına göre, oturumu kapatıyorum. KonuŐmacılarımıza ve katılımcılara teŐekkürlerimizi sunuyoruz. TÜSİAD'ın davetini kabul ederek bugün burada değerli bilgilerini ve görüşlerini paylaŐan konuŐmacılarımıza özellikle teşekkür ediyoruz. Bundan sonraki toplantımızda tekrar birlikte olma dileğiyle.

# BİBLİYOGRAFYA\*

- Akı/Altıntaş/Bahçıvanlar, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul 2005
- Aygül/Uşan, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2007/3, 75 vd.
- Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 16.Aufl., Stuttgart 2004
- Çankaya/Günay/Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005
- N.Çelik, İş Hukuku, 19.bası, İstanbul 2006
- F. Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4.bası, İzmir 2005
- F. Duquesne, Droit du Travail, 3e Ed., Paris 2005
- Ö. Ekmekçi, 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkan Sorunlar Üzerine, MERCEK, Ekim 2002
- M. Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, TÜSİAD İş Kanunu Toplantı Dizisi 1, Mart 2005
- M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 2005
- A.Güzel, İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İst. Barosu İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001
- Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007
- K.Kramer, Die Kündigung im Arbeitsrecht, 10.Aufl., Stuttgart 2004
- M. Löwisch, Arbeitsrecht, 7. Aufl.,Düsseldort 2004
- H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku,2.bası, Ankara 2005
- M.Özekes, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005,152 vd.
- G. Pitt, Employment Law, 4 th Ed., London 2000
- C. Radé, Droit du Travail, Paris 2000
- NM Selwyn, Law Of Employment, 11 st Ed., London 2000
- P. Soyer, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, İstanbul,27 vd.

---

\* Prof. Dr. Can Tuncay'ın "Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları" başlıklı toplantıda sunduğu tebliğin bibliyografyasıdır.

- Söllner/Walterman, Grundriss des Arbeitsrechts, 13. Aufl., München 2003
- S. Süzek, İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 2005
- A. C.Tuncay, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren, Ocak 2004
- A. C.Tuncay, Karar İncelemesi, Legal İş HSGHD., 2006/10, 562 vd.
- M. Uçum, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, İstanbul, 72 vd.
- M.Uçum, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2006/1, 55 vd.
- M.Uçum, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2/2006,1 77 vd.
- M. Uçum, Karar İncelemesi, Legal İş HSGHD., Mart 2003
- D. Ulucan, İş Güvencesi, Toprak Seramik ÇCSİ Sendikası, İstanbul 2004



